HUGONIS DONELLI

OPERA OMNIA.

TOMUS TERTIUS

HUGONIS
DONELLI

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS

OPERA OMNIA.

COMMENTARIORUM
DE JURE CIVILI

TOMUS TERTIUS

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI

ACCEDUNT SUMMARIA ET CASTIGATIONES THEOLOGICÆ.

FLORENTIÆ
AD SIGNUM CLIUS
MDCCCXLI.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

LIBER DECIMUS

De servitutibus Personarum, Usufructu, Usu, Habitatione, Operis servorum.

CAP. I.

Servitus Personæ, quæ. Hujus generis quæ species.

Rerum nexus atque ordo. I.

Personæ servitus quid. An sit personæ servitus dignoscenda 1. *ex conventione, si solius personæ gratia fuerit constituta.* II.

2. *Ex constitutæ natura, si prædii servitus esse non possit.* III.

Quæ sit prædii servitus, ex quatuor rerum notis spectari, et quæ illæ. IV.

Servitutis personarum genera duo: usus et usufructus. An habitatio, et servorum operæ nova genera, an superiorum generum species. V.

Habitationem sententia veterum ab usu ædium non distinxit, at illa a Justiniano repudiata. L. antiquitas 14. *versic.* quam decisionem C. de usufr. *vulgata lectio improbata.* VI.

Item operæ servorum pertinent ad usumfructum. Interpretatio. L. operis. 5. D. de oper. serv. VII.

De habitationis, et operarum differentia ab usufructu cæterarum rerum. VIII.

I. Generibus servitutum cognitis, quæ extremo libro superiore posuimus: deinceps separatim et distincte de utroque, uti a nobis posita sunt, hoc libro et sequenti dicemus. In his primum fuit, quod personarum, seu personæ servitus appellatur. Personæ servitutem esse diximus, quæ in re aliena constituta, debetur non alii rei, sed personæ. Ea quæ sit, videamus.

II. Et personæ deberi intelligitur, quæ alicui data, ejus solius caussa constituta est; aut si alterius, non certe ejus, cui servitus possit acquiri, ut efficiatur ejus propria. Omnes servitutes, etiam (1) quæ prædiorum sunt, constituuntur ab initio alicui personæ, ut eas habeat sive per se, sive per prædium suum, cui acquiruntur. *L.* 1. *D. commun. præd.* Neque tamen omnes continuo personæ, ut divisio superior indicat. Quæ igitur hic notio est hujus rei djiudicandæ caussa? Duorum alterum personæ esse ostendet: aut aperta conventio, aut natura servitutis constitutæ. Si qua servitus nominatim ita constituta est, ut sit solum ejus, cui constituitur: nemo dubitabit, quin sit ejus solius ex conventione et voluntate constituentis. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg. L. pecoris.* 4. *D. de servit. rust. præd.*

(1) Omnes servitutes prædiales possunt fieri personales, et plures etiam ut in *L.* 8. *de serv.* de quo *Lib. seq. C.* 1. *N.* 6. vid. *et ibid. C.* 8. non autem vicissim, quia quæ usui possunt esse rebus, eadem et personis, non contra, Vult. *in pr. I. de Usufr. n.* 3.

III. At finge de eo nihil convenisse aperte, ac servitutem alii rei meæ posse esse utilem. Hæc erit regula, ut si servitus constituta potest esse prædii mei, sit prædii; si non potest, tum sit personæ. *L. veluti, D. de servit. rust. præd.* Itaque in re dubia an sit aliqua servitus personæ, necne; tum plane intelligetur, cum cognoverimus, quæ sit prædii. Nam si prædii est, constat non esse personalem ex divisione: Si non est prædii, et est servitus, non potest alia relinqui, quam quæ sit personæ.

IV. Etsi autem de servitute prædii suo loco dicendum est: tamen ne qua hinc nascatur incertitudo in eo de quo agitur, paucis indicabo eas notas, ex quibus intelligi possit servitutem non esse prædii; unde statim colligatur, si servitus est, esse solum personæ. Hæ notæ sunt quatuor. Prima, si nobis constituta sit servitus in re aliena mobili, veluti, si relictus sit usus pecorum, vestimentorum, navis, et similium. Secunda, si sit constituta servitus in prædio quidem alieno, ut fundo vel ædibus, sed ei qui aliud prædium non habeat. Tertia, si in prædio, et ei qui prædium habeat; sed non vicinum. Quarta, si non prædii vicini caussa, aut non solius: exempla in *d. L. veluti, de servit. rust. præd.* Quæ ideo dicimus, quia ut sit servitus prædii, tot res concurrere oportet: ut sit in prædio, ut vicini alicujus prædii caussa ita constituta: ut extra prædium ad nullam rem præterea sit utilis. Quæ ex suo loco plenius exposita sunt debebunt. Ad hujus generis explicationem poteramus uti divisione, quæ sequitur: ut diceremus servitutem personæ esse usumfructum, et usum, ac deinde quænam essent singula, ostendere. Sed hæc ratio est incertior, propterea quod potest esse usus, ut tamen sit prædii servitus. Nam et prædiorum servitutes, ut iter, via, aquæductus, consistunt in usu. *L. viæ, D. de servit.* Ac sæpe usu alicujus rei nobis constituto in alieno, dubitatur, utrum servitus constituta sit personæ, an prædii, ut in *d. L. veluti, de servit. rust. præd.* Ideo superiore illa notione uti ut certiore visum est, qua ex remotione alterius generis, quod certum esse potest, quæ sit servitus personæ, statim intelligitur.

V. Servitutis personæ genera duo, (2) usufructus; et usus. *L. 1. D. de servit. L. si quis unus, D. de usufr.* Legimus tamen in hoc numero habitationem, et operas servorum. De habitatione. *Tit. de usu et habitat. D. et Inst.* de operis servorum *Tit. de oper. servor. D.* Verum hæc effectu nova genera non sunt; sed superiorum species. De quibus ideo separatim quæstio et tractatio injecta est a veteribus, quod dubitaretur, ad utrum genus ista referri oporteret ex superioribus, et quod nonnihil dissimilis esse et natura interdum, et amissio. Cæterum, ut dixi, species eæ fuerunt ususfructus aut usus. Utrius igitur? Et de habitatione obtinuerat ante Justinianum plurium sententia, habitatione alicui relicta aut constituta, eo verbo nihil nisi usum ædium contineri: ut effectu idem esset usus ædium et habitatio. *L. si quis unus, 32. de usufr. L. si habitatio, D. de us. et habit.* Justinianus, ea sententia repudiata, habitationem alicui constitutam sic accepit, ut placeret potius ea appellatione (3) usumfructum ædium datum videri:

(2) Potiores tamen hæ species, non solæ. Nam tot possunt personalium constitui species, quot in universum sunt servitutum, cum quicquid prodesse potest rebus, id et personis, vid: Volt. *in pr. I. de Usufr. n.* 3. Sed videtur noster hic reliquas species sub usu comprehendere velle.

(3) Immo idem dicit nec usum, nec usumfructum esse, sed proprium quoddam jus, *§. pen. I. de usu et hab.* Et habitationem esse jus angustius usufructu sent. Hotom. *ad L.* 11. *et L.* 13. *C. h. t.* Idem 3. *Obs.* 23. Habitationem nec esse jus aut servitutem, nec actum habitandi, sed locum gratis, ut separetur a mercenaria habitatione, ex qua actio locati: ad tempus, ut discernatur a precario, habitandi caussa concessum, per *L.* 19. *Quib. mo. us. am. L.* 20. *§. Cujus, 2. de instr. leg. L. pen. de suppell. leg. L.* 17. *pr. de præscr. verb.* Habitationem, quæ juris gentium est, non esse jure civili confirmatam, idemque capitis deminutione non amitti, neque non utendo, quia illa amissio usucapionis civilis pars quædam est. Quia autem cui is locus constitutus est jus habet, quodammodo jus dici posset in *d. §. pen. I. de usu et hab.* Idem ad *d. §. pen.* Habitationem non in dominio, sed obligatione consistere, ut heres testamento damnatus, vel stipulationis reus præstet habitationem. Usus non nisi in personam civilem transit, et servo legatus domino acquiritur: Habitatio vero constituitur ut homini, nec domino acquiritur *7. 9. Quan. dis leg. ced.* Idem *Ill. Q.* 41 *pag.* 386. Sed Jo. del Castillo *de Usuf. n.* 18. *et seqq.* Hotomannum in eo quod servitutem esse negat, refellit, eamdemque tertiam speciem servitutis personalis, vel, ut ipse vocat, mistæ, constituit. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 6. Sane quod habitatio sit ususfructus nequaquam probat. *d. l.* 13. Nam duo ibi diversi casus. 1.° Quando habitatio simpliciter legatur, ubi hoc tantum deciditur non usumfructum censeri relictum, sed locationis licentiam esse fructuario. 2.° Quando ususfructus habitationis legatus. Hoc casu verus ususfructus constitutus, ædium videlicet seu domus. Eo ipso enim quod dixit testator

scilicet, ut is cui constituta est habitatio, non tantum ipse uti possit ædibus, et inhabitare, sed at aliis locare. *L. cum antiquitas C. de usufr.* Quorum prius est proprium usus, alterum ususfructus. §. 1. *Inst. de. us. et hab.* Loquitur quidem Justinianus initio de habitatione legata. Sed ut intelligeremus constitutionem esse de habitatione quovis modo constituta, clausit ille constitutionem his verbis: *Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest.*

VI. Scio et locum ita legi, in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest. Sed et priorem scripturam Accursius agnoscit, et posterior probari non potest. Nam de locis, in quibus habitatio constitui posset, nec fuit olim ulla dubitatio, nec esse potuit: cum constaret omnia loca, quæ in orbe Romano essent, jure publico Romanorum eodem uti. De modis constituendi ususfructus controversia esse potuit, dum hoc dubitatur, an quod Justinianus in constitutione illa sua de habitatione legata constituerat, etiam ad habitationem inter vivos constitutam recte transferretur. Ideo de modis omnibus opportune subjecit, quod valeret ad amovendam omnem hanc dubitationem.

VII. De operis (4) servorum diserte scriptum est in *L.* 3. et *L.* 4. *D. de oper. serv.* et in operis servi fructum, id est, usumfructum consistere: et retro in fructu, seu usufructu servi esse operas. Nam quod in *L. pen. D. eod.* ita scribitur, *operis servi legatis* (5) *usum datum intelligi*: sic accipi debet, etiam usum datum intelligi, ut sit sententia, operis legatis non tantum posse fructuarium locare servi operas, et propter has percipere mercedes, quod traditum erat in *L.* 3. *eod. tit.* sed posse etiam ipsum uti operis, ut nullus mercedum fructus ad eum redeat. Ita et habitatio, et operæ servorum nihil sunt, nisi ususfructus, illa ædium; hæ servorum.

VIII. Et hoc, cum de jure constituendi, deque jure utendi fruendi in his rebus quæritur. Alioqui et natura harum rerum, et amissio nonnihil proprium habet, dissimile a reliquarum rerum usufructu. Nam operæ individuæ sunt: non ut rerum corporalium ususfructus dividuus. *L.* 1. §. 1. *ususfructus, D. ad leg. Falc.* ut proinde operæ pro parte divisa aut indivisa constitui non possint. Amissio autem earum rerum hoc habet, ut non per omnia iisdem modis amittatur, quibus cæterarum rerum ususfructus. Sed neque superior natura; neque hæc amittendi ratio quidquam facit, quominus et habitatio et operæ iisdem modis constitui possint, quatenus fert earum natura, et constitutæ, idem jus utendi fruendi habeant, quod ususfructus cæterarum rerum. Deinceps igitur genera superiora duo, ordine exsequamur: in quibus et species istas duas contineri intelligemus, quarum si quid erit proprium, cum ad suum locum ventum erit, separatim dicetur: de quo plura, et opportunius in ususfructus amissione.

usumfructum, ostendit se per habitationem intelligere ædes ipsas; alias servitutem servitutis constituerat: quæ ipsa ratio, opinor, dubium illic movit.

(4) Sed Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 37. *de Usuf.* operas has usumfructum esse negat: 1.° Quia distincti tituli: 2.° Separantur in *d. L.* 37. 3.° Magis accedunt ad usum, quia individuæ, 4.° Non iidem amittendi modi: et Govean. 1. *Var. Lect.* 7. *n.* 2. Usumfructum esse jus personale, non item operas, sed illas magis ex re quæ eas debet spectari. Hinc esse quod ususfructus capitis deminutione pereat, quia persona mutatur. Operæ non item, ubi nec non utendo; quia etsi non exigo, non tamen eo minus servus illas debet. Collocatum autem esse, *tit. de op. serv. post titulos de Usuf.* propter affinitatem. Hotom. *Ill.* Q. 41, nec operas has servitutes esse per *L.* 1. *de op. serv.* quia facti sunt, nec vindicari posse, sed dominum servi actione personali ex contractu ad eas præstandas obligari, ac Coras. *in Rub. de servit. n.* 26. Et perplures ususfructus et operarum differentias refert Cujac. 8. *Diff. Modest. ad l.* 32. *de R. V.* vid. et Jo. del Castillo *de Usuf.* C. 50.

(5) Govean. 1. *Var. Lect.* 7. *n.* 1. et ad *l.* 1. §. 9. *ad Falc.* legit in *d. l.* 4 pro *usum usumfr.* quod ita in veteribus manu scriptis repererit, quod displicet Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 37. *de Usufr.*

CAP. II.

De usufructu: Quid sit; et in eo exposita veterum definitio. Præcipue quid sit illud, usumfructum partem dominii non esse; et rursum partem dominii obtinere. Tum quam recta definitio, quæ et contineat omnem usumfructum, nec aliis ullis rebus conveniat.

Usufructus definitio, ejusque partim explicatio. I. II. V. VI.

Jus *quid significet in definitione usufructus.* II.

Illius significatio ab Accursii et Interpretum opinione atque errore vindicata. III. IV.

Usufructus absolute et sine adjuncto appellatus, dominii partem, seu causam non habet. VI.

Contrariis occurritur. VII. VIII. IX. X. XI. XII.

Quo sensu Paulus affirmet in L. nsusfructus 4. D. de usufr. *partem dominii esse in multis casibus usumfructum. Qui casus ex Paulo intelligendi.* X.

Exponitur L. in venditionem 8. *princ.* D. de reb. auct. jud. possid. XI.

Vindicatæ superioris definitionis et illustrata summa et conclusio. XIII.

Non potest usufructuarius rem, qua utitur fruitur, aut consumere, aut commutare in aliam formam. Et quare. XIV.

Proposita definitio usufructus accurata, et propria XV.

Contraria diluuntur. XVI.

I. Ususfructus sic definitio est, tradita in *L. 1. D. de usufr. et Inst. eod. tit.* in princ. ut sit jus alienis utendi fruendi rebus, salva rerum substantia.

II. Est jus. Juris verbum adjunctum faciendi verbo in usu perpetuo juris potestatem significat: ut cum dicimus jus dandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus persequendi, et alia infinita, in quibus omnibus intelligi constat potestatem ista faciendi, *Inst. de stip. servor.* in princ. *L. 3. §. bonorum*, *D. de bon. poss. L. nihil, D. de obl. et act.* Quare et hoc loco jus utendi fruendi nihil aliud est, quam potestas utendi fruendi. Sed potestas jure tributa, ut ubique in significatione ista juris intelligere debemus: unde et juris nomen: ubi continens positum pro contento: jus quod hanc potestatem continet, pro potestate quæ jure continetur, quia jure data aut confirmata, ut initio de significatione verbi juris exposuimus.

III. Illud cavendum, ne cum Accursio et vulgo interpretum sic accipiamus, ut jus (1) hic sit servitus. Scio ita interpretari esse quam expeditissimum ad multa statim diluenda, quæ aliter interpretantibus videntur hanc definitionem infirmare, de quibus dicam postea, quia de his exposita definitione facilius judicari poterit. Sed quid refert, si interpretatio significationi verborum conveniré non potest? Quid enim, an jus significat servitutem? Servitus quidem est jus, audio: et ususfructus est servitus. Vere utrumque. At non e converso jus est servitus. Quam multa enim jura, quæ non sunt servitutes? ut jus emphyteuticum, superficiarium, jus possessoris bonæ fidei, jus pignoris, actio, et alia innumera. Denique jus generis nomen est; hujus generis species servitus. Nunquam generis nomen sic accipitur, ut unam certam speciem ex eo genere significet. Homo est animal: non ideo animal significat hominem, potest enim esse brutum. Iter est servitus: at non contra servitus significat iter, cum sint aliæ servitutes innumeræ. Ista ratione etsi ususfructus jus est, non tamen ideo jus interpretabimur servitutem, cum sint innumera jura, quæ non sint servitutes. Sed et adjuncta *servitutis* verbum in hac definitione aperte repudiant. Non enim recte diceretur servitus utendi fruendi, quoniam servitus (2) est in serviente: ipsum autem factum utendi fruendi actio ejus cui servitus debetur: actio plane contraria ser-

(1) Vult. 1. *Jurispr.* 63. *n.* 16. (qui et ad *pr. l. h. t. n.* 7. rectius genus proximum, servitus personalis, in definitione assumit) P. Busius *ad L.* 1. *h. t. n.* 1. Sed et facultatem exponit Myns. *in pr. I. h. t. n.* 3. Aliter Vacon. 1. *Declar* 20. cui jus hic et in omni definitione, quotiescunque ponitur, significat constitutionem et ordinationem quandam civitatis. Nullo autem modo probanda quorundam divisio in usumfructum juris et facti, quam refert et refellit Jo. del Castillo *Quotid. de Usufr. C.* 2.

(2) Ita et Taraminus æque Accursium reprehendens, *Epist. acad.* 4. Servitus, ait, est per modum passionis ex parte fundi servientis, non per modum actionis ex parte ejus cui debetur.

vituti. Otiosum esset et illud: *alienis rebus*, quoniam qui servitutem dixisset, satis comprehendisset de re aliena, cum servitus hoc ipso quod servitus est, non possit nisi in re aliena esse, ut aute diximus.

IV. Quod si hæc interpretatio nobis cavenda est, haud scio, an etiam magis, ne cum aliis jus hic interpretemur jus per servitutem quæsitum. Nam si dicimus verbo *juris* hoc jus tantum significari, nihil dicimus aliud, quam illud ipsum Accursii, verbo *juris* significari servitutem. Quid est enim jus per servitutem quæsitum, nisi servitus? nam hæc tunc dicitur imposita, cum dominus jus suum deminuit, et alterius auxit. *L. de pupillo*, *§. et belle*, *D. de op. nov. nunt.* Aut si hoc non placet, illud saltem constat dicere nos, hic verbo *juris* significari speciem hanc juris, non aliam. Hoc autem æque vitiosum, atque illud, ut ante ostendi. Non enim jus magis significat unam aliquam speciem juris aliam, quam servitutem. Immo ideo non significat servitutem, quia generis verbum non significat speciem unam potius quam aliam. Quod si de significatione verbi hoc fatemur: sed dicimus verbo juris addi debere hanc circumscriptionem, ut sit jus per servitutem quæsitum: quid aliud quam aperte agnoscimus vitium definitionis, cui hæc circumscriptio et differentia defuerit ad exprimendam naturam ususfructus? Sed non est laborandum in significatione verbi nota. In re vero nihil periculi definitioni, quominus recta sit, etsi superiorem illum usum verbi *juris* hic sequemur, ut dicatur ususfructus jus, id est, potestas utendi fruendi jure tributa, nec quidquam de servitute addiderimus, aut significaverimus, ut postea dicetur. Notandum, usumfructum jus dici, ut declaretur hoc verbo non significari fructus fundi, qui sunt corporales; sed jus horum fructuum percipiendorum; rem incorporalem videlicet. *Inst. de reb. corp. et incorp.*

V. *Utendi fruendi.* Uti re est per se eam tractare et exercere ad eum usum, ad quem natura parata est. Frui est, quantum commodorum ex re aliqua percipi potest, tantum capere etiam ad compendium, non ad necessitatem solum, ut exponetur pluribus in ea parte, in qua quæretur de jure fructuarii. Utriusque rei proprietatem ususfructus continet: usus alteram dumtaxat.

VI. *Alienis* (3) *rebus*. Recte. Hic enim definitur ususfructus, qui absolute ita dicitur, idest, qui solus est, ac per se consistit. Hic est servitus. *L. 1. de servit.* Nulla autem servitus, nisi in re aliena, cum res sua nulli serviat, ut supra docuimus in definitione servitutis. *L. uti*, *D. si usufr. pet. L. in re*, *D. de servit. urb. præd.* Ex hac parte natum est illud, usumfructum (4) partem dominii non esse. *L. recte*, *D. de verbor. signific.* Efficitur enim hoc modo: Si ususfructus pars dominii est, erit in re nostra, non in aliena. Dominium enim in re nostra: eo et dominii pars omnis, quoniam in toto et pars continetur. *L. in toto et pars*, *D. de reg. jur.* At ususfructus in re nostra non est, sed in aliena, ut hæc definitio ostendit, et efficit natura servitutis. Ususfructus igitur dominii pars non est. Atque hinc rursum illa definitio ejusdem *L. recte*, *de verb. significat.* eum, qui proprietatem fundi aut alicujus rei habet, in solidum dominum esse rei, quanvis ususfructus sit alienus. Consequens plane superiori. Necesse est enim eum in solidum dominum esse, cui nulla pars dominii abest. At cui domino abest ususfructus, ei nulla pars abest dominii, si quidem ususfructus dominii pars non est. In solidum igitur dominus is, qui proprietatem habet, quanvis usufructu alieno constituto, quæ et Pauli collectio est in *d. L. recte.* Valet hæc definitio ad interpretationem earum legum, et partium juris, quibus aliquid constituitur de dominis, aut de rebus propriis vel alienis. In quibus omnibus dominum acceperunt veteres ex hac definitione etiam eum, qui nudam proprietatem habet: rem propriam etiam eam, in qua proprietatem habemus, deducto usufructu, *L. 1. §. 1. D. de sen. Silan. §. proprius*, *§. alienus*, *Inst. de her. inst.*

VII. Sed habet hæc pars nonnihil difficultatis. Atque adeo quot sunt sententiæ superiores de hac parte, quas modo retulimus, tot aliis locis videntur proponi contrariæ. Dicimus usumfructum esse jus utendi fruendi alienis rebus: immo et nostris. Duplex est enim ususfructus: quidam (5) conjunctus

(3) Per voculam, *rebus*, dicit Vult. *in pr. I. h. t. n.* 12. excludi servitutes prædiales, in quibus non utimur re, sed servitute, itinere, via etc..

(4) Alia *d. L.* 25. expositio est Goed. *ibid. n.* 8. *et seq.* Cujacius vult IC. illic respicere ad formulam vindicationis: Fundum Sabinianum ex jure Quiritium meum esse ajo, quam sole proprietas pariat. Quod convenire non puto.

(5) *L. 4. in fin. Si us. pet. L.* 25. *de Usuf. leg. L.* 126. *§. 1. de V. O.* Atque hinc vulgata DD. divisio ususfructus in formalem et causalem, qui cum proprietate, ut sua causa conjungatur. Quam et probat Cujac. 5. *ad Afric. ad L.* 36. *§.* 1. *h. t.* pu-

enim proprietate; quidam a proprietate separatus. Conjunctus is, quem habet dominus: separatus is, quem habet, qui dominus non est. Indicantur hæc genera in *L. si cum argentum*, §. *pen. D. de exc. rei jud. L. uti*, in pr. *D. si ususfr. pet.* Sane qui est a proprietate separatus, quem habet, qui dominus non est, non potest, quin habeatur in re aliena. At cum quem habet dominus, ubi tandem habere possit, nisi in re sua? Habet vero dominus utendi fruendi jus re sua: et is quidem maxime, ut quis jus habeat de re statuendi ut velit. *L. in re C. mand.* Hic ususfructus, ut suo loco dixi, dominii pars est. Emolumentum enim rei continet: atque hoc emolumentum pars dominici juris. *L. Mævius*, 66. §. *pen. L. cum filius*, 76. §. *dominus, D. de leg.* 2. Ubi autem dominium rei nostræ, nisi in re nostra? Hinc ergo incidere videtur definitio in certam reprehensionem. Nam si dicimus usumfructum omnem esse in rebus alienis, in promptu reprehensio est ex superiore divisione: sin volumus quemdam solum; et eum dicimus, qui est a proprietate separatus: fit vitiosa definitio, quæ minus continebit, quam definitum, cum definiatur generaliter ususfructus: cujus tamen species una non sit in alienis rebus.

VIII. Sed ne moveamur hac objectione, faciet usus hujus verbi cognitus. Habet dominus in re sua jus utendi fruendi. Sed hoc jus non dicitur ususfructus, nisi cum adjuncto; ut dicatur ususfructus, quem habet is, qui habet proprietatem: ut in *L. uti*, in princ. *D. si ususfr. pet.* ususfructus, quem habet

xia, quem Ususfructus duplex. 1.° Nudus qui est servitus personalis. 2.° Qui plenam proprietatem comitatur, qui servitus non est. Ille formalis, quod per se consistat: hic caussalis, quod ex proprietatis caussa competat, sive ei immistus sit. Ille jure servitutis; hic jure proprietatis meus; illum transfero in heredem; hunc non item. Detractio facit formalem qui erat caussalis, ut plerumque ortus unius est alterius interitus, et idem ad *l.* 88. *de V. O.* Eodem sensu Hot. 3. *Obs.* 21. et *ad L.* 27. §. 8. *de pact.* et *ad L.* 2. *C. de Usufr.* Usumfructum alium facit mistum, quem DD. caussalem; et merum, quem formalem vocant. Cart. 3. *Conject. ad Vic.* 13. alium consistere in parte quem habet dominus; alium in jure quem habet fructuarius. Sed divisionem illam DD. reprobant, Corr. 5. *Misc.* 3. et ad *L.* 1. *de servit.* n. 3. Baro *ad pr. l. h. t.* quasi vero, inquiens, ex nulla caussa utatur fruatur, qui dominus non est, Alciat. *in l.* 25. *de V. S. n.* 2. Connan. 4. *Comm.* 3. Duar. *in L.* 126. *de V. O.* Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 3. *n.* 5. quia quando ad proprietatem vertitur, extingui dicitur A. Fab. 15. *Conject.* 8. *p.* 191. et Vult *in pr. l. h. t. n.* 10. Adstruunt eamdem Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 2. et 3. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 1. *n.* 9. et 10. fuse Joan. del Castillo *Contr. quotid. de Usufr. C.* 1. ubi *n.* 16. *et seq.* plures hujus sententiæ asseclas recenset. Sane cum hi ipsi caussalem, quem vocant, servitutem non esse concedant, Pinel. *d. n.* 9. se definitionem ususfructus illi non convenire, Castillo *d. C.* 1. *n.* 54. *et seqq.* pro genuina generis in species divisione venditari non poterit, cum quæ, genere remoto, dissident, propinquiori convenire nequeant. Erit igitur vel divisio nominis vel qualiscumque rerum, inter quas similitudo aliqua. Alciati *ad d. L.* 25. *n.* 2. distinctio, verbis novis, nec omnino tamen absurdis, Busius *ad. L.* 1. *h. t. n.* 7. quæ licet si ad vivum resecetur, vana forte sit, docendi tamen gratia non omnino explodenda, ut Emman. Soarez. *in Annotat. ad* Gomez. 2. *Resol.* 15. *lit. B.* Quam fateor non conciunnas plane esse illas voces, convenientiusque usumfructum separatum et conjunctum dici, quam formalem et caussalem. Nimis autem confidenter A. Faber *supra d. loc. p.* 192. nullam usquam esse proprietatem, quæ usumfructum habeat conjunctum, quia eo ipso quod separatur, fiat ususfructus qui antea non erat. Quæ tum legibus aperte convelluntur *d. L.* 21. §. *pen. de exc. rei jud. et simil.* et eo ipso quod proprietas nuda dicitur, cui ususfructus abest, §. 1. *et ult. I. L.* 71. *D. h. t. L.* 19. *de Usufr. leg.* et plena quæ ab usufructu non separata *L.* 78. *pr. de Jur. dot.* tum nec rerum ipsa conveniunt. Separatio enim ex vi verbi, est rerum, quæ antea conjunctæ, sejunctio et segregatio. Unde et deduci et detrahi dicitur *L.* 6. *h. t. L.* 4. *Si us. pet. l.* 19. *L. ult.* et passim *de Us. leg.* et abscedere §. 1. *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* Fateor separatione fieri usumfructum qui antea non erat. Fit nimirum ac producitur servitus per separationem; ac per eamdem interit is, qui dominii portio erat ac emolumentum. Dum unus separatur (qui autem quæso separari posset aut diceretur, si antea nullus existeret, quomodo ei quod nondum est quidquam tribui?) alter constituitur, et ita, quod et in rebus naturalibus accidit, interitus unius, caussam dat originis alteri. E converso servitus ususfructus quando extinguitur, ad proprietatem redire et cum ea consolidari dicitur. Non magis intelligo, quomodo conveniant, quæ Faber *d. loc. p. præced.* scribit: Usumfructum, qui formalis vulgo et eum qui caussalis usurpatur, idem jus esse, sed differentem habens rationem, quod priori casu sit jus fundi et servitus, posteriori jus dominii. Nam quomodo res genere variantes specie vel numero eædem? Quomodo jus idem, cujus non caussæ tantum diversæ; sed et effectus, cum illud fructuario confessoriam actionem; hoc domino negatoriam pariat etc. Nec juvatur Faber *L.* 63. *h. t.* quia illi satis occurritur *C.* 1. *seq. n.* 7. nec *l.* 78. *pr. de J. dot.* quia illi satisfacit Castillo *supra d. C.* 1. *n.* 43.

quis ex eadem caussa, ex qua fundum habet; ususfructus, qui jure proprietatis meus est; in *d. L. si cum argentum*, §. *pen. de cæ. rei. jud.* ususfructus, qui emolumentum rei nostræ, qui portionis rei instar obtinet, ut *d. L. Mævius.* 66. §. *pen. L. cum filius.* 76. §. *dominus. D. de legat.* 2. Simpliciter autem cum nominatur ususfructus, ut in tota hac quæstione de servitutibus, et in tractatione de rebus corporalibus, et incorporalibus, is intelligitur in usu perpetuo juris, qui est a proprietate separatus. *Uti frui*, inquit Ulpianus, *jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum.* d. L. uti. *D. si usufr. pet.* At ibidem continenter subjungit, dominum fundi id non posse; et rationem reddit: *quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet.* Non potuit significantius dicere, usumfructum, quem habet dominus, non esse, aut certe non intelligi eum, quem prius usumfructum simpliciter nominarat. Idem valet, quod ususfructus hic, qui simpliciter nominatur ususfructus, ubique dicitur esse servitus, seu pars, id est species servitutis. *L.* 1. *D. serv. L. recte. D. de verb. signif. L.* 1. §. *si ususfructus, D. ad leg. Falcid.* Hoc enim de usufructu cum proprietate conjuncto dictum accipi non potest, cum res sua nemini serviat. Cur ergo ususfructus verbo simpliciter enuntiato hunc solum intelligimus, qui est a proprietate separatus, cum fateamur et dominum in re sua utendi fruendi jus habere? Id non tam verbi significatio facit, quam enuntiatio. Cum enim simpliciter nominatur ususfructus, apparet eum dici, qui id ipsum est solum, quod dicitur, id est, nihil nisi ususfructus: qui solus est: qui idem per se consistit: quales sunt res, quæ in jure consistunt, quo in genere est hic ususfructus, de quo loquimur. *Inst. de reb. corp. et incorp.* Atque is est, quem nunc et in superiore divisione, et in hac definitione appellari videmus. Hic vero, etsi nihil adjiciatur aliud, non alius intelligitur, quam qui est a proprietate separatus. Cum porro separatus a proprietate haberi non possit, nisi ab eo, qui dominus non est: perspicuum est omnem eum, qui simpliciter ususfructus dicitur, esse in rebus alienis: quapropter et hunc non esse dominii partem. Neque aliter nominantur ceteræ servitutes, ne quis forte istum usum in verbo ususfructus repudiet, ut affirmatum sine exemplo. Ut enim dominus jus habet re sua utendi fruendi: ita non minus jus per suum prædium eundi, agendi, aquamve ducendi ad aliud prædium suum. Hæc tamen jura domini non vocantur iter, actus, via, aquæductus. Tunc solum his appellationibus utimur, cum ista per se habentur sine alio proprietatis jure, quod non fit, nisi in alieno. Unde et cum ista definiuntur jus eundi, agendi, aquamve ducendi per fundum alienum, ut fit nominatim in aquæductu in *L.* 1. *D. de servit. rustic. prædior.* nemo putat his adversari, quod et dominus eadem jura obtinet in re sua; quoniam hæc non sunt illa, quæ simpliciter dicuntur iter, actus, via, aquæductus. Id et in verbo ususfructus fieri intelligendum est, cum simpliciter nominatur.

IX. Hic occurritur, probaturque usumfructum, cum ipsum qui simpliciter et sine adjuncto dicitur usufructus, etiam alibi dici esse in re nostra: certe dicitur esse dominii pars, quod secundo loco supra negabamus: unde etiam fieri diximus, ut sit et in re nostra. Sic Pauli definitio est, in L. 4. D. de usufr. *ususfructus in multis casibus pars dominii est.* Non dicit, ususfructus cum proprietate conjunctus, aut quid simile; sed simpliciter et sine adjuncto, *ususfructus*; ut si vera sunt ea quæ modo diximus, oporteat usumfructum intelligi a proprietate separatum. Hunc tamen ait dominii partem esse. Non addit per omnia: neque hoc quisquam dicit; sed dicit in multis casibus. Hoc vero satis est, ut probetur et usumfructum, qui hic definitur, idest, a proprietate separatum, aliquem esse partem dominii, eoque et in rebus nostris, non in alienis, ut hic definitur. Sed quod diximus usumfructum, cum simpliciter nominatur, intelligi debere ex usu juris eum, qui per se et solus est, eoque usumfructum separatum a proprietate: sic accipiendum est, nisi quæ huic tribuuntur, ejusmodi sint, quæ non possint separato convenire. Quod enim dicitur a significatione usitata verbi recedi non oportere: semper dicitur cum hac exceptione, nisi manifestum sit aliud sensisse scriptorem, *L. non aliter.* 69. *D. de leg.* 3. Quod in superiore definitione accidit. Ait enim usumfructum non ubique partem dominii esse; sed in *multis casibus*. Significat igitur non se de omni usufructu hoc dicere: sed de eo, qui sit in illis casibus, quos vult intelligi. Quem ergo justum usumfructum intelligemus? Et cum repugnet natura usufructus separati, quominus de eo intelligamus; res cogit eum accipi, qui sit cum proprietate conjunctus. Sed in eo de mente Pauli ex ipsius auctoris interpretatione cognoscamus. Ipse idem est, qui in *L. recte, D. de verb. signific.* (nam utrumque

locum ejusdem Pauli esse inscriptiones indicant) definit usumfructum, qui sejunctus est a proprietate, quia servitus est, partem dominii non esse. Et vero quia servitus est, nec potest servitus deberi nisi a re aliena, pars dominii esse non potest. Restat igitur, ut cum in illa altera definitione dicit simpliciter usumfructum in *multis casibus* esse dominii partem: hoc dicere intelligatur, in iis esse dominii partem, in quibus intelligi debeat non ususfructus servitus: sed ususfructus cum proprietate conjunctus.

X. In quibus ergo sic accipi debet ususfructus? Dixi supra in dominii partibus id tum fieri, quoties de fundo dando, aut dominio transferendo, aut transferenda proprietate cautum est. Exempla hæc sunt: Qui promisit fundum, etiam usumfructum tanquam dominii partem promisisse intelligitur. *L. qui usumfructum*, 58. *D. de verb. obl. L. si a reo, §. si reo, D. de fidejussor.* Sic et qui legavit fundum, etiam usumfructum quamvis alienus esset, legasse. *d. L. Mævius*, 66. *§. pen. L. cum filius*, 76. *§. dominus. D. de legat.* 2. Unde et concursus in usumfructum inter eos, quorum uni fundum, alteri usumfructum ejusdem fundi testator legaverit. *L. si alii, D. de usufr. leg.* Hæc ideo, quia qui fundum promittit aut legat, vult dari, eoque et dominium transferri, ut est significatio dandi. *§. sic itaque Instit. de act.* Semper dominium usumfructum ad se trahere, et secum conjunctum habere intelligitur, nisi sit a proprietate nominatim separatus. *§. 1. Inst. de usufr.* Quoniam autem multis in caussis hoc evenit, non etiam in omnibus, ut ita agatur de dominio transferendo, non detracto usufructu, et in his tantum ususfructus ut dominii pars dominium sequitur: inde recte dictum est in *multis* quoque *casibus*, ac non omnibus, usumfructum esse dominii partem.

XI. Objicitur præterea, quod probet etiam fructuarium (6) dominum esse, contra quam tertio loco dicebamus effici ex his verbis definitionis. Quo probato eodem revolvemur, ut et ususfructus sit pars dominii, quandoquidem eum habeat dominus, ac propterea etiam habeatur ususfructus ab usufructuario in re sua. Est autem *L. in venditionem*, in pr. *D. de reb. auct. judpos.* verba hæc Ulpiani: *In venditionem bonorum etiam usumfructus veniet, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.* His verbis certum est agi de usufructu a proprietate separato, non solum quia nominatur simpliciter usufructus, et is sine ulla circumscriptione: sed etiam quia oratio refertur ad fructuarium. Constat autem hoc verbo eum significari, qui usumfructum solum habet, proprietate apud alium constituta. *L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.* Atqui de eo ipso, qui istum usumfructum habeat, scribit Ulpianus fructuarium quoque appellatione domini contineri: quod valet, fructuarium quoque dominum esse. Ut, cum dicimus appellatione rei etiam jura contineri: item appellatione pecuniæ omnes res tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam jura contineri, hoc significatur et illic jura res esse: et hic res omnes esse pecuniam. *L. rei appellatione, L. rei appellatio, L. pecuniæ verbum, D. de verbor. signific.* et alia sexcenta in eamdem sententiam. Et locus sic interpretandus est: *appellatione domini fructuarius quoque continetur:* intellige domini bonorum. Nam et de bonis instituerat sermonem Ulpianus; et de alio domino agi nihil ad quæstionem de usufructu aut fructuario pertinebat. Et vero id ita accipi congruit edicto, quod illic Ulpianus interpretabatur. Edicto ita cautum erat: Qui fraudationis caussa latitabit, si viri boni arbitratu non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo, *L. Fulcinus, D. quib. ex caus. in poss. eat.* Tractabat Ulpianus eam partem edicti, quæ de bonorum venditione est adversus eum, qui non defenditur. Cum in ea caussa erunt bona, ut vendi debeant, quæritur, quid bonorum appellatione contineatur, ut si quid erit in bonis, vendi debeat ex edicto. Ait Ulpianus, in venditionem bonorum etiam usumfructum venturum: quasi diceret, non ea tantum, quæ sunt in dominio ejus, qui latitat, sed etsi usumfructum habuit in re aliena, etiam hunc venturum, id est futurum, ut hic quoque distrahi debeat. Unde colligit? ex verbis edicti, subjicit enim: *quia appellatione domini fructuarius quo-*

(6) Sæpe tamen diversa sunt esse et appellatione venire, ut in §. 2. *I. de divis. stipul. L.* 5. *pr. de V. O.* et clare patet ex collatione *L.* 12. §. 1. *de rit. nupt.* cum *L.* 6. §. 1. *L.* 8. *de grad.* Sic nepos appellatione filii continetur, etc. Quin et in *L.* 25. *in fin. de V. S.* partus appellatione significari dicitur, quam Donellus noster vere esse partem *hoc Cap.* negat. Atque hæc videtur mihi tutior solutio ad *d. L.* 8. *pr.* quod veniat nomine domini, licet proprie non sit fructuarius, quia manifesta edicti ratio et sententia id exigat. Aliter Fac. 7. Q. 12.

quæ continetur. Quo significat hoc verbum *domini* in edicto fuisse, cujus appellatione nunc utitur, ut dicat etiam hujus appellatione fructuarium contineri. Atqui edictum non loquitur de domino simpliciter, sed de domino bonorum. Ejus, inquit, bona vendi jubebo: ejus bona, id est, ejus ea bona, quæ habet, et, ut nunc loquitur Ulpianus, quorum est dominus. Necesse est igitur, ut recte argumentetur ex verbis edicti, hoc eum sumere, quod est in edicto, et ita orationem accipi, quasi dixisset: quia appellatione domini bonorum, quem indicant verba edicti, fructuarius quoque continetur. Neque nova est hæc forma loquendi veteribus, ut qui rem aliquam habet in bonis, is dominus ejus rei dicatur. Unde dominium ususfructus, et dominium servitutum nostrarum legimus, cum apud Julianum in *L.* 3. *D. si usufr. pet.* tum apud eumdem Ulpianum in *L. semper*, §. *hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam.* quod et in dominii verbo supra monuimus *Lib. superioris*, *Cap.* 8.

XII. Postremo hoc etiam adversari aliquis dixerit, fatemur usumfructum cum proprietate conjunctum dominii partem esse. An non hinc efficitur etiam separatum partem dominii manere, ut sit separatus id, quod ante fuerat? Nam pars a toto divisa nihilominus pars rei dicitur. *L. recte*, in fin. *D. de verb. significat.* Non modo nullum hoc argumentum est, sed potius valet in contrarium. Conjunctus ususfructus dominii pars est, quia conjunctus. Ergo separatus ejusdem rei pars esse desinet. Et ita est totius alicujus compositi natura, ut quandiu ei pars aliqua cohæret, tandiu pars ejus recte dicatur: separata incipit novum per se corpus facere, et nomen partis veteris amittit. Paries quandiu cohæret, pars est ædium, exemptus non jam pars est, quæ fuerat: sed novum corpus extra ædes: atque adeo nec jam paries dicitur, sed moles tantum vel strues lapidum vel tignorum. Fructus pendentes pars sunt fundi, eoque et in restitutionem cum fundo veniunt. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* Percepti et separati non amplius pars fundi unde et bonæ fidei possessori acquiruntur. §. *si quis a non domino*, *Instit. de rer. divis.* Fundo quoque in partes certas diviso placet unamquamque divisam partem, non esse partem fundi, sed fundum. *L. si quis duas*, §. 1. *C. commun. præd.* Denique de ipso usufructu, de quo agitur, aperte traditur in *d. L. si cum argumentum*, §. *pen. de exc. rei jud.* usumfructum a proprietate separatum alium esse ab eo, qui fuit ante cum proprietate conjunctus. Nam quod dicitur in *d. L. recte*, in fin. *de verb. signific.* etiam divisam partem non ineleganter partem dici, vere dicitur, et est ex usu veterum atque adeo omnium latine loquentium: attamen non proprie et ex natura rei præsentis, sed relatione facta ad id, quod prius fuit, ut dicatur pars, quæ modo pars fuit conjuncti fundi: nunc quidem divisa ejusdem totius pars esse non potest. Sic tutores dicimus finita tutela, qui tutores fuerunt, nunc non sunt: sic insulam, quæ prius fuit insula, nunc non est. *L. insula*, in fin. *D. de acq. rer. dom.*

XIII. Summa sit hæc: usumfructum, cum simpliciter nominatur, eum intelligi, qui solus est, ac per se consistit. Qui talis est, eum esse non posse, nisi a proprietate separatum. Eum sub ista appellatione a nobis nunc dici, atque hoc loco definiri. De eo vero, qui sit a proprietate et dominio exemptus, non posse aliud dici, quam quod hac definitione continetur, eum esse in rebus alienis: si in alienis, non esse dominii partem; si dominii pars non est, eum qui proprietatem habet, quanvis deducto usufructu, nihilominus in solidum dominum esse: fructuarium nulla ex parte dominum, si modo dominum absolute dicimus, non autem dominum bonorum.

XIV. Adjicitur in definitione, *salva rerum substantia.* Cum potuisset Paulus, cujus hæc definitio est, dicere salvam earum substantiam ad demonstrandas res alienas, quas prius appellaverat: maluit repetere rerum: non otiose, sed ἐμφατικῶς, quasi diceret, usufructu constituto licere uti frui alienis rebus; sed salva rerum ipsarum, quibus fruimur, substantia. Id hanc significationem habet, hactenus usufructuario esse utendi fruendique jus, ne fructuarius quomodo libet, re fructuaria utatur; sed ita, ut post usum maneat salva et integra substantia rei fructuariæ, quæ ante usum fuerat. Qua adjectione duo removentur a jure fructuarii: consumptio rei; et transmutatio in aliam formam. Qui usumfructum habet, sic re uti potest, ne consumat. Ut puta ovium usumfructum qui habet, non occidet, ut carne vescatur. Pugnat cum natura ususfructus rem consumi. Unde placet usumfructum non esse in iis rebus quæ usu consumuntur. §. *constituitur*, *Inst. de usufr.* Sed nec fructuarius rem transformabit. Ut, ædium usufructu relicto, non mutabit cœnacula, non diruet, non ædificabit nova. *L. si cujus*, 13. §. *sed si ædium*, *D. de usufr.* De quibus postea plenius in jure fructuarii. Sed cum

in verbis utendi fruendi nihil contineatur de substantia rei, quo aperte declaretur eam post usum salvam manere debere; unde hæc pars sumpta est a veteribus, præter verbi, ut videtur, significationem? Ducta est ex vi contrariorum. Sive enim usus tantum constitutus est, sive ususfructus, hoc constare debet, semper usum esse constitutum. Inest namque in fructu usus: nec quisqnam frui potest, ut non utatur. *L. per servum*, §. 1. *D. de usu et habit.* Contraria autem usus et abusus. Quo fit, ut si cui jus datum est utendi a proprietate separatum, huic non sit jus abutendi, quod est contrarium. Jam vero qui sic utitur, ut tollat iterum utendi caussas, dum substantiam rei tollit, vel consumendo, vel transformando, is re abutitur, non utitur. Unde quæ res usu consumuntur, dicuntur a nostris consistere in abusu. *L.* 5. §. 1. *et ultim. D. de usufr. ear. rer.* Quapropter utendi fruendi verbo hæc ipsa substantiæ consumptio et tranformatio ut res contraria removeri intelligitur. Qua remota necesse est hoc relinqui, ut in usufructu utenti fruenti salva rerum substantia manere debeat. Argumentum hoc est Ciceronis in Topicis in argumento ex contrario, ut probet bonorum usufructu legato, non pertinere ad fruendi jus eas res, quæ usu consumuntur. Quippe, inquit, usus non abusus legatus est: ea sunt inter se contraria: Ista autem consumptio in abusu.

XV. Hæc veterum definitio est de usufructu; et (7) recta, quæ omnem usumfructum continet, et sic ususfructus est propria, ut aliis rebus non conveniat: quæ sunt leges rectæ definitionis. Quidam tamen metuunt, quæ magna pars est, ne utrumque contra sit, si jus utendi fruendi interpretamur, ut supra, nihil amplius quam potestate utendi fruendi jure tributam. Sic enim videri potest definitio in quibusdam minus continere, quam definitum; in quibusdam etiam plus, ut aliis etiam rebus conveniat. Minus continere in eo, quod dicitur esse jus in alienis rebus. Est enim etiam ususfructus quidam cum proprietate conjunctus, nempe is quem dominus habet, quem cum habeat in re sua, perspicuum est non posse dici esse jus in re aliena. Sed de eo jam satis respondi. At saltem videbitur definitio esse latior, et convenire etiam aliis rebus. Puta juri emphyteutico, et juri conductoris in re conducta. Jus quidem emphyteuticum quis dixerit esse jus utendi fruendi alienis rebus, dicitur enim fundus vectigalis seu emphyteuticus dari fruendus. *L.* 2. *D. si ag. vect.* §. *adeo*, *Instit. de loc.* Conductor autem ex conductione nanciscitur potestatem re conducta utendi fruendi. Unde nisi illi res ex hac caussa traditur, agit in hoc ex conducto, ut sibi frui liceat. *L. ex conducto*, in princ. *L. si fundus*, *D. loc.* Constat autem neque jus emphyteuticum, neque jus conductoris in re conducta esse usumfructum, neutrum enim est servitus: ususfructus autem servitus. *L.* 1. *de servit.*

XVI. Sed ne nos moveant hæ species, ut dum has removere volumus, aut addamus aliquid definitioni, aut significationem verbi juris in ea mutemus. Non sunt hæc servitutes, eoque nec ususfructus. Sed nec definitione superiore ususfructus continentur. Jus emphyteuticum non est jus utendi fruendi solum, sed et alienandi, et in totum de re statuendi, ut libet, tanquam alteri domino, ut suo loco ostendimus. Ususfructus autem nihil, nisi utendi fruendi jus; non etiam alienandæ rei: aut de ea statuendi, quæ aliena est. Item emphyteuta (8) uti frui potest, etiam mutata rei substantia. Potest enim in fundo emphyteutico quidvis instituere, et exstruere, in quo sunt meliorationes, quæ illi tribuuntur. *L.* 2. *L.* 3. *C. de fur. emph.* Ususfructus, seu fructuarius propter usumfructum substantiam rei mutare non potest ex definitione. Quod ad jus conductoris attinet: non est, quod reformidemus affirmare conductorem in re conducta jus utendi fruendi non habere. Conductio eo spectat, ut ipse re conducta utatur fruatur, et in eam quoque rem ex conducto actio est. Plus dico: conductor, rem tradente et patientiam præstante domino, habet re utendi fruendi facultatem. Sed non ideo simpliciter (9) utendi fruendi jus habet, de quo nunc quæritur. Idque ita demostrari potest. Nulli invito jus, quod habet, auferri potest. *L. ult.*

(7) Vid. Hot. *in pr. I. h. t. et Ill. Q.* 24. ubi ait septem esse rivales hujus definitionis. Emphyteutam, heredem fiduciarium, maritum, precario tenentem, colonum, cui antichresis constituta, et proventus annui legatarium. Vid. et Jo. de Castillo *de Usuc. C.* 4. *et* 5.

(8) Ita et Castillo *d. C.* 5. *n.* 16. *et seqq.* addens emphyteutam quodammodo re propria uti, et fructuarii debilius jus esse, cum emphyteutæ sit hereditarium, et Hot. *d. Q.* 24.

(9) Non habet jus in rem, nec, ut fructuarius *L.* 38. *h. t.* suo, sed alieno nomine fruitur, Castillo *d. C.* 5. *n.* 21. *et seq.* Jus hic est dominium juris, in locatione autem vinculum juris tantum, ita Hotom. *d. Q.* 24. Et usus rei conductæ facti est, facultas magis fructus percipiendi, quam jus constitutum, Hot. *ad pr. I. h. t.*

D. de pact. At dominus, idemque locator facultatem fruendi re conducta auferre potest conductori etiam sine vi, et quidem ita, ut non possit conductor usum rei retinere, nedum persequi. Licet enim domino ædes locatas vendere, quibus venditis, potest impune expellere inquilinum emptor, qui locatiuni stare non cogitur. *L. emptorem C. de loc. et cond.* Quocirca jus utendi fruendi re conducta conductor non habet. Id efficitur etiam hocmodo: Is dicitur jus et rem aliquam in bonis habere, qui et possidens ad eam retinendam exceptionem habet, et amittens ad eam recuperandam habet actionem. *L. rem in bonis, D. de acquir. rer. dom.* At conductor, re a locatore vendita, utendi fruendi jus adversus emptorem non modo possessione amissa persequi non potest, sed nc possidens quidem retinere, ut ostendi. *d. L. emptorem. C. de locato.* Quare non habet conductor utendi fruendi jus in re conducta. Longe aliter ususfructus, aliter jus utendi fruendi, cujus retinendi et persequendi caussa suæ sunt fructuario actiones: et hæ in rem adversus omnes rei possessores, quive de usufructu faciunt controversiam, confessoria et negatoria, de quibus postea. Atque hæ vere hoc jus esse fructuarii, et in bonis ejus haberi indicant ex definitione. *d. L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.*

CAP. III.

De usufructu acquirendo. Hanc acquisitionem ita esse, ut est is, qui constituit. Constitui usumfructum aut aliunde, aut acquirentis solius usu. Aliunde aut a lege, aut alieno facto. Hoc factum aut a privatis esse, aut a judice in judiciis divisoriis. Legitimus usasfructus quibus in caussis receptus, et quibus tribuatur. In privatis a quibus constitui possit; et quæ res hunc recipiant.

Transitio, et divisio. I.
Legitimus ususfructus triplex. II.
Patris in bonis filiifamilias adventitiis et quæ illius privilegia. III.
Item patris in bonis emancipati. Et pro qua eorum parte. IV.
Item mulieris iterum nubentis in rebus quæ a priore marito habuit. Quæ res ejusmodi, et quatenus illa utatur fruatur. V.
Cur alia de legitimo usufructu prætermissa. VI.
Ususfructus alieno facto quæsiti duplex constituendi ratio; et quæ. VII.
Tria ad eam constitutionem necessaria, et quæ. VIII.
Persona constituentis, solus dominus. Et qui hac in re talis. IX. XI.
An emphyteuta et superficiarius constituant usumfructum. Et quo jure. X.
Res item necessaria quæ usumfructum recipiat. Et quæ sint ejusmodi, aut contra. XII. XIII.
Cur et veterum numismatum, statuæ, atque picturæ, uti et prædii sumptuosi recte constituatur ususfructus. XVI.

I. Quando de usufructu habendo tuendoque agitur, eo quem supra definivimus, primum in eo curandum est, ut habeatur. Sic habebitur, si erit quæsitus. Prima igitur hic quæstio ex tribus illis, quas libri superioris capite ultimo proposuimus, quomodo, ususfructus acquiratur, ut noster fiat. Sic acquisitio est. Aut constituitur nobis aliunde, aut usu et possessione nostra nobis acquiritur. Constituitur aliunde partim lege, partim alieno facto atque opera. Ut sit constitutus ususfructus duplex: legitimus, et alieno facto quæsitus.

II. Legitimum usumfructum triplicem esse, seu tribus in caussis lege datum esse animadverto.

III. Quidam est ususfructus adventitiorum bonorum filiifamilias. Is datus est constitutionibus parenti, qui filium in potestate habet, in bonis filii nec castrensibus, nec quasi castrensibus: sed (1) cæteris, quæ tamen aliunde, quam a patre filio obvene-

(1) *L. 1. 2. et t. t. C. de bon. matern.* de quo et ejus singularibus vid. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n. 16. et seqq.* Scip. Gentil. *Lib. de Bon. matern.* Gomez. *in L. Taurin.* 48. Forst. *Lib. 7. de Succes. Cap. 20. et seq.* Jo. del Castillo *Quotid. Contr. de Usuf. C.* 3. Quid si monasterium ingressus pater, an ususfructus interim dum vivit ad monasterium pertinet, an ex die ingressus ad proprietatem revertitur? Prius probant, Gomez *in d. L.* 48 *n.* 8. Pinel, *in d. L. 1. P. 1. n. 47. et seqq.* Sc. Gentil. *de bon. mat. C. 7. cir. fin.* Posterius Fach. 6. *Contr.* 12. Casus quibus ususfructus patri non obvenit, vid. *supr. L. 9. C. 5. N. 27. et seqq.* Quid si ususfructus filiofamilias legetur? Suerin. *de Usuf. accr. p. 10. et seqq.* stricta ratione acquiri patri, sed ex benignitate acquiri fi-

runt; quæ adventicia appellamus. Ante plena proprietas eorum quærebatur patri. Post iis constitutionibus proprietas patri adempta: ususfructus ex veteri jure illi relictus. Jus constitutum a Justiniano in *L. cum oportet*, *L. ult. C. de bon. quæ lib.* De ea specie diximus *supra Libri superioris Cap.* 5. Habet hic ususfructus singularia duo præter normam reliquorum. Quominus enim recederetur hic ab ea proprietate, quæ solida prius patris erat, placuit superioribus constitutionibus hunc usumfructum (2) immunem esse et a satisdatione fructuaria, et a reddendis finito usufructu rationibus: potestate rerum administrandarum libera patri concessa. *d. L. cum oportet*, §. *non autem*, *L. ult.* §. *sin autem*, *legata*, *C. de bon. quæ lib.*

IV. Alius est ususfructus item patri datus in bonis filii: sed emancipati. Is constitutus est ejusdem principis constitutione patri emancipatori pro præmio emancipationis in bonis filii adventiciis, quæ illi ante emancipationem quæsita erant: non tamen omnibus, sed in dimidia tantum parte eorum. *d. L. cum oportet*, §. *cum autem*, *C. de bon. quæ lib.* §. *hoc quoque Inst. per quas pers. nob. acq.*

V. Tertius quidam est in rebus mulieris, quæ iterum nubit. Est autem hujusmodi. Si mulier superstitibus ex priore matrimonio liberis transierit ad secundas nuptias: quæcumque a priore marito consecuta est ex liberalitatis caussa, puta sponsalibus, donatione propter nuptias, donatione caussa mortis, legatis aut fideicommissis: quæcumque item ex successione liberorum prioris matrimonii ad eam pervenerunt: placet in his omnibus habere eam (3) possidendi tantum fruendique jus, alienandi facultate adempta: dum modo quandiu mater vivet, tandiu et filii ex priore matrimonio suscepti vel omnes, vel aliqui ex his vivant, utpote quibus constitutione consulitur, quo matre his superstitibus mortua ad eos bona ista redeant, et redeant ad omnes ex æquo, non ad certos aliquos, quos matri eligere visum fuerit. Quod si nulli sint hi liberi, sive quod viva matre esse desierint; placet nihil innovari, sed exinde plenam proprietatem integram esse matri, ut de rebus supra scriptis omnibus statuere possit ut domina pro arbitrio. Comprehensum hoc jus est *L.* 3. *et authent. seqq. C. de secund. nupt.*

VI. In hoc genere toto legitimi ususfructus non quærimus pluribus, quis constituat, quomodo, et quibus in rebus versetur: non quod non omnia hæc in omni usufructu spectanda sint, quibus et ususfructus constat: sed quia in hoc genere non est necesse, cum hic fere sint certa. Lex enim est, quæ constituit. Nemo dubitat quin sit constituendi potestas penes legem, cui omnes in civitate parere oportet. *L.* 1. *L.* 2. *D. de legib.* Jubet illa, aut vult. Voluntas ipsa sola rata est. *L. non dubium*, illic *quod ad omnes*, *C. de legib.* eoque ad omnem constituendi ususfructus rationem sufficit. Quorum bonorum ususfructus hic constituatur, ex verbis superiorum legum intellectum est. Tantum hoc notandum est, verbo bonorum non aliarum rerum usum ad fructuarium patrem pertinere, quam earum, in quibus haberi potest ususfructus, et quatenus potest. De quo dicetur in proximo genere.

VII. Alieno facto qui quæritur et constituitur ususfructus, ita est, ut aut constituatur a privatis extra judicii caussam; aut a judice in judicio; atque ita fiat constitutio hæc duplex, privata, et judicialis. Sic enim docendi caussa nobis loqui liceat. Utraque ita rata ad usumfructum nobis acquirendum, si ea recte erunt, quæ justa constitutio desiderat.

lio ex ratione *L. ult. Cod. h. t.* quia magis contemplatione filii legatum, et Vaud. 1. *Q.* 15. Quod et facilius admittendum in feudo filiofamilias constituto, tum quia contemplatione militiæ datum creditur, itaque jure castrensis peculii censetur: tum quia hoc actum ne patri acquiratur, tum quia servitia et onera sunt filiifamilias, tum quia Jus Longobardorum tantos patriæ potestatis effectus non novit, sed filius plenissimam rerum partarum proprietatem consequitur, ut ex *L. un. de adopt. in Longob. lib.* 2. *et simil.* probat Jul. Ferret. *in Addit. ad Diff. Jur. Civ. et Longob. tit. de Patr. pot.* Atqui leges Longobardorum Feudales suas vocant 2. *Feud.* 1. ibi *legibus nostris.*

(2) Datur id tum reverentiæ paternæ, Pinel. *d. lo. n.* 20. tum affectui, ex quo censetur parens semper optimum consilium capere pro liberis, Castillo *d. loc. n.* 86. add. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C.* 8. *et C.* 11. Quando alienare possit pater sine decreto et quæ bona, vid. Pinel. *in d. L.* 1. *P.* 3. *n.* 21. *et seqq.* Castillo *d. C.* 3. *n.* 65. *et seqq.* Fachin. 6. *Contr.* 40. Scip. Gentil. *de Bon. mat. C.* 19.

(3) Vid *Lib.* 9. *C.* 3. *N.* 2. et Scip. Gentil. *Lib. de sec. Nupt. C.* 2. *et* 3. Castillo *de Usuf. C.* 2. *n.* 9. *et multis seqq.* ubi *n.* 14. idem obtinere in marito secundam uxorem ducente, de quo et Forst. *Lib.* 7. *de Succes. C.* 11. Quid si ex consensu filiorum mater nupserit. Evitari pœnas, quia injuria consensu tollatur, Forst. *d. Lib.* 7. *C.* 13. Castillo *C.* 2. *n.* 93. *et seqq.* ubi tamen *n.* 110. *et seqq.* aliquot casus distinguit.

VIII. Ea tria sunt: Persona constituentis, ut sit qui constituendi jus habeat: Res fructuaria, ut sit quæ usumfructum admittat: Constituendi modus, ut sit legitimus. Non adjicimus acquirentis personam, quia quibus res acquiri possint, satis in universum supra diximus. De reliquis non idem servatur in utroque genere. Ideo quid sit proprium utriusque separatim cognoscendum.

IX. Privati usumfructum si constituunt, superiora tria in eo ita se habent. Si de persona quæritur, constituendi jus habet rei dominus, et is quidem jure solus. Solus enim hic utendi fruendi jus habet prius, quam usufructus fuerit a proprietate separatus. § 1. *Instit. de usufr. L. uti, D, si usufr. pet.* Absurdum sit autem plus juris quemquam ad alium transferre, quam ipse habuit. *L. nemo plus, D. de regul. jur.*

X. Hinc illa dubitatio, an in fundo emphyteutico, aut superficie constitui possit ab iis, qui cum fundum, aut superficiem in alieno solo habent, quoniam hi domini non sunt. *L. 1. D. ag. vect. L. 2. D. de superf.* Et quidem etia hac de caussa jure civili et directo ab iis constitui non posse convenit: se constitutum placuit jure prætorio defendi utilibus actionibus tanquam constitutum ab iis, quos prætor in fundo ipso et superficie tuetur quasi dominos, accommodata prius illis utili in rem actione. De superficiario scriptum est in *L. 1. §. penult. et ultim. D. de superf.* Cui usumfructum constituet si licet: multo citius constituet emphyteuta, cui plus juris est in re, quam superficiario, cum ille etiam soli quodammodo dominus sit, hic tantum superficiei. Inde dictum usumfructum ejusmodi non jure constitutum, sed tuitione prætoris. *L. 1. in princ. D. quib. mod. ususfr. amitt.*

XI. Dominum cum dicimus usumfrutum constituere posse, etiam cum intelligi volumus, qui nudæ proprietatis dominus est, qui et ipse in usu juris, quanvis detracto usufructu, nihilominus in totum dominus dicitur. *L. recte, D. de verbor. significat.* Etiam hic recte constituet et legabit usumfructum, ut legatum exitum habeat, cum (4) ususfructus ad proprietatem redierit, sive id vivo testatore contingat, sive mortuo: et sive ante aditam hereditatem, sive post aditam. *L. si dominus, antepen. L. quod nostrum.* 63. *D. de usufr.* Extra hos in privatis frustra quisquam usumfructum constituat.

XII. Sed nec omnium rerum est ususfructus. Non omnes usumfructum recipiunt, aut non satim. Jam primum (5) incorporalium rerum, veluti viæ, itineris, aquæductus ususfructus aut usus, servitus denique servitutis constitui non potest. *L. 1. D. de usufr. leg.* Est enim ususfructus, et servitus omnis, qualitas, ut in definitione servitutis ostendimus. Hæc autem nisi in corpore, non consistit, eoque nec ususfructus. *L. 2. D. de usufr.* Habet hoc quoque hanc rationem. Etenim ususfructus usum quoque in se habet: unde et definitur jus non fruendi tantum, sed utendi fruendi: atque adeo sine usus ususfructus esse non potest. *L. per servum*; §. 1. *D. de us. et hab.* Atqui re uti est rem tractare: neque porro tractari res potest, nisi quæ et tangi: nec tangi, nisi res corporalis. *Instit. de reb. corp. et incorp.* Ex quo efficitur, nec usum, nec usumfructum, nisi in re corporali constitui non posse.

XIII. Corporales autem res omnes usumfructum recipiunt, tam mobiles, quam immobiles: sed et ipsæ suis conditionibus. Quæ conditiones duæ sunt. Una, si modo res ad aliquid sint utiles: altera, si vel usu non consumantur, vel si consumuntur, cautio in his usitata interveniat. Primum si qua res est ejusmodi, cujus in utendo nulla utilitas, aut commoditas sit; ejus ususfructus constitui non potest. Redire enim oportet ad illa principia, usumfructum servitutem esse: *L. 1. de serv.* nullam servitutem esse, nisi quæ sit parata commodi nostri caussa, ut docui in definitione. *L. quoties nec eod.*

XIV. Atque hinc illæ dubitationes veterum in usufructu, an numismatum (6) ve-

(4) Atqui hic verior est sensus *d. L.* 63. Unde non est, quod ex illo probet, A. Faber ut *C. præced. N.* 5. Ergo nullum usumfructum dominio conjunctum esse, nec quod in ea conciliandа cum aliis, quæ usumfructum domino tribuunt se torqueat, post alios Castillo *de Usuf. C.* 1. *n.* 39.

(5) Est tamen et nominum ususfructus *L.* 3. *de Usufr. ear. rer.* et Ususfructu omnium bonorum legato, etiam quod in actionibus est computatur *L. ult. de Us. leg.* Sed constituitur in actionibus ratione rerum, quæ per illas petuntur, quia actionem habens, rem ipsam habere videtur. Agere igitur poterit, ut re obtenta utatur fruatur.

(6) Forner. *Cel.* 2. Tiraq. *de Retr. lign.* §. 1. *Glo.* 7. *n.* 111. Nam et nummi quidam mercis loco habiti, ut Victoriati, victoriæ imagine signati ex Illyrico advecti. Plin. *Lib.* 33. *C.* 3. de quo Manut. *de LL. Rom. p.* 145. Criss. 1. *Antiq.* 8. Curt. 2 Conject. *ad Fr.* 16. Sc. Gent. 2. *Parerg.* 5. *in fin.*

terum ususfructus relinqui possit; an statuæ et imaginis: an ejus prædii in quod plus impendamus, quam ex eo acquiramus. De quibus responsum est ex superiore distinctione. Placet igitur numismatum usumfructum relinqui posse, si aurea sint aut argentea, et his pro gemmis uti soleant, ad pilei puta, aut vesti ornatum: alioqui non posse, quia tum eorum nullus sit usus. *L. numismatum.* 28. *D. de usufruct.* Reliquorum quæ dixi, placet usumfructum utiliter relinqui sine exceptione. Statuæ quidem et imagines quia et ipsæ suam utilitatem atque ornamentum habeant opportuno loco collocatæ: prædii autem sumptuosi ideo, quia satis sit (7) fructum aliquem ex eo capi posse, ut hactenus consistat ususfructus, etsi forte aliunde plura sint incommoda. *L. statuæ.* 41. *D. eod.* Quod enim sibi expedire quisque existimet, arbitrio cujusque domini in re sua permittendum est. L. *libertus.* 36. *D. de bon. liber.*

(7) Vid. Jo. del Castillo *de Usufr. C.* 49. ubi *n.* 10. accepit *d.* §. 1. de prædio serviente amœnitati et voluptati, non vero sterili, ut vulgo, quasi respectus habeatur ad utilitatem futuram, quando excultius redditum.

C A P. IV.

De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, cum ab aliis, tum a lege constituto.

Rerum corporalium quæ sunt in fructu alias usu consumi, alias minime. I.

De usufructu rerum prioris generis triplex quæstio; et quæ illa. II.

Quæ res ad prius genus pertineant; et quomodo distinguantur. III.

Cur et in eodem genere censeatur numerata pecunia. IV.

An et vestimenta. Quomodo locus Justiniani §. constituitur. 2. verb. vestimenta Inst. de usufr. *interpretandus.* V.

Rerum quæ usu consumuntur nullus est proprie et vere ususfructus: sed quasi ususfructus; et quare, et quo jure utrumque. VI.

Quasi usumfructum constituunt jura hinc acquisita fructuario; et hinc alia proprietario. VII.

Fructuario quæsita: rerum istarum proprietas, et consumendi facultas: et quare hæc jura permissa fructuario. VIII.

Proprietario recepta cautio fructuarii; se tantumdem *restituturum, si quando* moriatur, aut capite deminuatur. IX.

Cautio illa quid sit; quas partes habeat. X.

Cautio restituendi quatenus quasi usufructus rerum essentiam constituat, et quid amplius usufructu tribuat fructuario. XI. XII.

Item quomodo in utrumque illum casum concepta, si moriaris, aut minuaris capite, *sit præcipua differentia et forma hujus quasi ususfructus.* XII.

Item quare in hunc dumtaxat duplicem casum formata. XIV.

Sine illa non posse stare quasi usumfructum. Frustra eam vetari a testatore; omissamque initio posse incerti conditione repeti; et finito usufructu condici ipsam quantitatem. XV. XVI.

Cur ad hunc quasi usumfructum constituendum auctoritas S. C. necessaria. Quæ hinc enata generalis de usufructu omnium rerum juris definitio. XVII. XVIII.

Quæ sit juris de eo quasi ususfructus constituti ratio, et utilitas in legitimo usufructu bonorum adventitiorum filiifamilias. XIX.

In usufructu adventitiorum quid a parte exigatur nomine earum rerum quæ usu consumuntur. XX.

I. Sed etsi rerum corporalium sit aliquis usus, tamen ad usumfructum recipiendum alia caussa est earum rerum, quæ (1) usu non consumuntur, alia earum, quæ consumuntur. Quæ non consumuntur usu, hæ demum proprie ac statim natura sua usumfructum recipiunt. Sunt enim ejusmodi, quibus quanvis alienis manentibus uti possu-

(1) Quarum fructus separari a corporibus non potest. Et usu consumi dicuntur, quando citra sui consumptionem nullum usum præstant. Hot. *ad* §. 1. *I. h. t.*

mus, et ita uti, ut maneat post usum salva rerum substantia: quod ususfructus definitio desiderat. Ideo in omnibus potest ususfructus constitui, non tantum immobilibus, ut fundo et ædibus: sed et mobilibus tum animatis, quam inanimatis, ut servis, jumentis, nave, vestimentis, et similibus. *§. constituitur, Inst. de usufr. L. usufructu*, 7. *L. sed etsi quid* 15. §. 1. 2. 3. *L. arboribus*, 12. *§. navis, D. de usufr.* Non eadem conditio est earum, quæ usu consumuntur. Hæ natura sua non recipiunt usumfructum. Jure tamen placet recipere: sed ad certum modum, et certa interposita cautione. *d. §. constituitur, de usufr.*

II. Quo recepto, de usufructu earum rerum constituendo quærentibus tria hæc constituenda sunt, Quæ sint res hujus generis: Qua conditione usumfructum recipiant; et Qualis sit is ususfructus.

III. Sunt autem res hujus generis, partim quibus uti non possumus nisi ad vescendum, ut vinum, oleum, frumentum, legumina, arborum fructus, et similia: *L. si vini, L. pen. D. de usufr. ear. rer.* partim quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca, et odores: *d. L. pen. eod.* partim quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles. Talis est lana, de qua in *d. L. pen.* Ea ad vestimenta et stragula conficienda utimur: extra hanc usum alioqui propemodum inutili, certe non magno usui futura. Atqui ad eas res si confertur lana, ipso usu consumi eam necesse est. Scimus enim prius nendam esse, et in filum transformandam: sic deinde etiam ex filo corpus id texendum, quod inde exstare volumus.

IV. Proprie in hoc numero non est pecunia numerata, et omnino non est, si quis substantiam spectet. Ut enim maxime pecuniam cum re permutemus, solvamus, aut donemus alii: semper tamen manent ipsa corpora: quapropter nec eo usu consumuntur. Sed si spectetur is, qui ita utitur alienando, vi ipsa illi pecunia eo usu consumi intelligitur. Tam enim eo usu dominus ac possessor esse desinit, quam si consumpsisset, quia fit pariter utroque modo, ne iterum uti possit. Idque est, quod dicitur in *§. constituitur, Inst. de usuf.* pecuniam numeratam ipso usu assidua permutatione quodammodo extingui. Non extinguitur vere: sed quodammodo, quia effectu hoc idem evenit utenti, non enim utitur, nisi permutatione; hæc autem rem illi tam aufert, quam ipsa consumptio. Quamobrem et in numero istarum rerum pecunia numerata maxime habetur, ibidem et *L.* 5. §. 1. *D. de usufr. ear. rer.*

V. Illud cautione indiget, quod in *d. §. constituitur.* Numeratur in eodem genere vestimenta. Hic vestimenta si proprie accipimus; nihil minus verum est, quam vestimenta ex numero esse earum rerum, quæ usu consumuntur: nihil minus verum, quam eorum usumfructum eodem jure cum usufructu istarum rerum haberi. Certum est vestimentis ita nos uti, ut usu ipso non consumantur, sed durent in longum tempus. Atteruntur paulatim longiore usu: sed et navis atteritur, et jumenta; quas tamen res nemo dicit usu consumi, constatque earum usumfructum in hoc numero rerum non haberi. *L. arboribus*, 12. *§. navis, D. de usufr. d. §. constituitur, Inst eod.* Sed et in his (2) qualiacumque vestimenta sint, naturalem usumfructum esse; non eum qui constituitur in iis rebus, quæ usu consumantur, aperte declaratur in *L. sed etsi* 15. *§. etsi vestimento-*

(2) Ita et Fachin. 8. *Contr.* 41. distinguit inter res quæ usu consumuntur, ut nummi, vinum, et quæ usu minuuntur, ut vestes *dd. LL.* vasa *L. ult. Us. quem cav.* Has posteriores restitui finito usufructu uti inveniuntur, nulla ratione habita æstimationis, tempore traditionis, per *d. L.* 9. §. 4. *L.* 1. *in pr.* verbis *restituturum quod inde extabit. d. l.* Sed sic non satisfit difficultati, ex *d.* §. 2. quam ne attingit quidem. Ant. Matth. *in not. d.* §. 2. Tribonianum voculam *vestimenta* ibidem, temerario casu inseruisse. At qua ratione quave spe commodi? Hot. *ibid.* probabilior distinctio est inter quotidianas vestes, quarum quasi ususfructus *d.* §. 2. et lugubres, scenicas, et similes quarum perrarus usus, de quibus accipit *d. L.* 15. §. 4. *d. L.* 9. §. *pen.* et fere Forner. 1. *Select.* 21. Arumæ *ex Justin.* 5. *Th.* 18. Hac ratione fiet, ut vestium quotidianarum usufructu legato, caveri debeat de restitutione vestium eadem bonitate, vel pretii illarum, facta æstimatione, ut et judicatum tradit Tessaur. *Decis.* 80. *n.* 1. Neque sic nulla omnino utilitas hujus usufructus, sed aliqua in interusurio medii temporis. Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 51. *n.* 8. esse quidem in vestibus usumfructum improprium: sed in *d.* §. 4. aliud statui ex voluntate testatoris, ac hoc non agi ut dominium eorum transeat, cum non sit ususfructus quantitatis, sed corporis ac speciei. M. Lyclame *Lib.* 3. *Membr. Ecloga* 24. Hoc commune esse rebus quæ usu minuuntur tantum, cum rebus veri ususfructus; quod proprietas non transit; ideoque illas non cautione SCti, sed ordinaria regi *L. ult. us. quem. cav.* Quia tamen haud perinde salvæ hæ res manent, cœpisse illarum quasi usumfructum haberi. *d.* §. 3.

rum. D. de usufr. L. si ususfructus, 9. §. *pen. D. usufructuar. quem. cau.* ex quibus locis quid inter utrumque intersit, cognoscetur. Quamobrem res cogit, si quidem sine vitio locum scriptum esse volumus, vestimenta apud Justinianum impetrari dicta abusive, seu μετωνυμικῶς, aut si quis mavult συνεκδοχικῶς, ut sit effectus pro caussa; vel res pro materia rei: vestimenta pro re et materia, unde vestimenta conficiuntur: atque ita intelligatur lana, ex qua vestimenta. Et certe lana numeratur inter res hujus generis, non autem vestimenta in *L. penult. D. de usufr. ear. rer.* Quæ interpretatio ne cui videatur nova, aut minime recipienda; plane in ea servamus id, quod de interpretatione verborum præcipitur in *L. non aliter*, 69. *D. de leg.* 3. Id autem est, ut si quidem non aperte repugnante sententia scriptoris licet sequi significationem propriam verbi, ne ab ea recedamus. At si manifestum sit aliud sensisse scriptorem; tum ab ea recedamus sumamusque eam significationem quamvis non propriam, quam usus verbi dare poterit ex loquentis sententia. Porro in legibus si quæritur: an aliud lex senserit, quam verbum proprie significat, docemur alibi ex eo æstimare, si eam significationem secutis lex non caret vitio. Sumere autem, quod proximum est, et sine vitio. Id vero maxime ex legis voluntate putatur. *L. in ambigua D. de legib.*

VI. Hæ (3) res neque naturali ratione neque civili proprie recipiunt usumfructum; ut est in *d.* §. *constituitur, Inst. de usufr.* Non naturali: quia re consumpta non potest salva esse rerum substantia: quam tamen salvam ususfructus natura desiderat. Sed et hæ res ut jure consumi possint a fructuario dantur fructuario, ut fiant ejus. Ususfructus autem natura sua non nisi in rebus alienis. Non civili, quia in vero usufructu hæc jura civili recepta cautio est; ut fructuarius caveat se eam rem, quam accepit, quæ quidem exstabit, restituturum. *L.* 1. *D. usufructuar. quem. cau.* Hoc autem de re consumpta frustra caveatur: certe præstari non potest. Sed senatusconsulto effectum est, ut earum quoque rerum non quidem proprie ususfructus at quasi ususfructus, posset constitui *L.* 2. *D. de usufr. ear. rer.* Quod quale sit, ex ipsa ususfructus constitutione cognoscetur: quæ describitur summatim in *d.* §. *constituitur, Inst. de usufr.* Ex qua eodem intelligetur, et qua conditione constituatur, et qualis sit hic usufructus: quæ duo reliqua sunt, quæ supra quærebamus.

VII. Res sic transigitur. Est hic, quod detur fructuario; est vicissim, quod is præstet proprietario. In utroque propria quædam hujus ususfructus: atque in his hujus ususfructus constitutio.

VIII. Datur res fructuario fruendi caussa. Commune hoc cum usufructu reliquarum rerum. Hæc propria duo. Transfertur in eum proprietas ipsarum rerum, et consumendi facultas. Sic enim dantur ei res, ut ejus fiant, quo deinde, ut videtur, consumere liceat. *d.* §. *constituitur. L. si vini, D. de usufr. ear. rer.* Res in hoc genere ideo receptæ, non quia his rebus quæ usu consumuntur, placeat singulari aliquo jure quidquam tribui præter cæteras; sed quia si volumus in his usumfructum constitui, necesse est prius illa recipi, sine quibus ususearum rerum constitui non potest: ac non potest sine istis. Nam neque his uti possumus, nisi consumamus: neque possumus consumere nostro jure, nisi pro potestate dominorum, quibus solis licet de rebus statuere, ut volunt. Utrumque in vero usufructu cæterarum rerum non necessarium, quia rebus is frui possumus manente rerum substantia; et quia non consumuntur, etiam frui ut alienis, non ut nostris. Unde placet nec in aliis usumfructum posse consistere. Quæ res facit, ut si usufructu earum rerum quæ usu consumuntur, nihil amplius sit, quam superiora, plane in his ususfructus intelligi non possit, cum sint hæc non modo ex usufructu, aut ei finitima, sed plane usuifructui contraria, ut indicat definitio ususfructus.

IX. Sed ut his admissis nihilominus in hoc genere rerum consistat ususfructus, fa-

(3) Jo. del Castillo *de Us. C.* 53. *n.* 2. A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 7. Hot. *ad L.* 1. *C. h. t.* Ususfructus, inquit, est jus in corpore. Res quæ in abusu consistunt, corporibus opponuntur, nec in iis corpus, sed quantitas spectatur. Et quis cautio non vere ac proprie subjectum; illa autem efficit ut habeatur ususfructus: idcirco, nec vere nec proprie ususfructus. Indigne autem ICtum in *d. L.* 2. reprehendit Turam. *Lib. sing. de II. P.* 1. *C.* 4. *n.* 6. quia nihil ad legem naturæ, proprius sit, an improprius pecuniæ ususfructus. Nam facilis est defensio. Jure jam ita constituto, naturalis ratio impedit, quia natura legem dixit contrariis, ut eodem subjecto uniri nequeant. Hinc naturalis pugna testati et intestati. Sic in *L. servi* 16. *de furt.* Præsupposito quod Senatus naturam veram ususfructus, non mutaverit (Mutare autem nec potuit cum illius minor quam legis potestas) non patitur natura verum usumfructum esse pecuniæ. etc.

cit id, quod vicissim præstat fructuarius. Præstat cautionem senatusconsulto receptam, qua promittit se restituturum tantumdem, cum *mortuus aut capite minutus* erit. *d. L. vini, de usufr. ear. rer. d. §. constituitur* in fin. Remedium opportunum, quod hic vi ipsa usumfructum repræsentet, *d. L. 2. de usufr. ear. rer.*

X. Qualis ergo sit cautio, et quid contineat, videamus. Et in toto fere *Titulo de usufr. ear. rer.* ubique cautio solum nominatur, non satisdatio. Sed sciendum est hanc cautionem habere satisdationem, vel potius satisdationem esse, ut declaratur in *d. §. constituitur. vers. itaque de usufr.* Cavere est stipulanti quid promittere. *L. sancimus, C. de verb. sign.* Satisdare, cavere fidejussoribus datis, id est iis, qui idem adpromittant. *L. 1. D. qui satisd. cog.* Habet hæc cautio, ut apparet, propria item duo, restitutionem et conditionem.

XI. Restitutionis genus hoc est. Promittit fructuarius se restituturum non easdem res, quas accepit, quod in rebus consumptis fieri non potest; sed tantumdem, sive pecuniæ ususfructus constitutus erit, sive vini, olei, frumenti, et similium rerum, quæ vere usu consumuntur. Sed in vino, et similibus commodius putatur tollendæ omnis controversiæ caussa, quæ de bonitate rerum et quantitate incidere solet, eas res fructuario dari æstimatas, ut fructuarius promittat, quanti æstimatæ erunt, tantam pecuniam si restituturum, *d. L. si vini, d. §. constituitur.* Hæc cautionis pars maxime est illud remedium, quod dicitur senatusconsulti, quo fit, ut incipiat his quasi ususfructus haberi. *d. L. 2. de usufr. ear. rer.* Quod enim res restitui debet, videtur aliena esse. Et quod restituitur *tantumdem*, videtur res ipsa, quæ accepta est, restitui; et quidem salva rei substantia. Quæ namque res usu consumuntur, sunt eædem illæ, quæ pondere, numero mensurave constant. Atqui hæ res inter se mutuo idem præstant, dum redduntur eadem bonitate et quantitate. Unde dicuntur a Paulo functionem recipere in suo genere per solutionem magis, quam specie id est, his ex eodem genere solutis magis satisfieri, quam si species eadem quæ accepta est, soluta esset: *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.*

XII. Quinimo hæc pars cautionis amplius quiddam tribuit proprietario, magisque illi rem confirmat, quam solent illi in tuto esse res cæteræ, in quibus propria ususfructus consistit. Nam in cæteris ut fructuarius non efficitur rerum dominus, sed his uti debet salva rerum substantia: ita nihil amplius cavet, quam se easdem illas bona fide restituturum. *L. 1. D. usufructuar. quem. cau.* In his, quæ usu consumuntur, ut fit dominus, et res consumit: ita cavet, quod necesse est, se restituturum alias ejusdem generis et qualitatis, easque solum debet. Ex hac cautione et obligatione multo citius proprietario consulitur. Etenim in cæterarum rerum usufructu, prout est obligatio earum superior, si res fructuaria sine culpa fructuarii perierit, aut deterior facta sit, fructuarius liberatur. Quo fit, ut res proprietario pereat. *L. si ususfructus, 9. §. pen. D. de usufructuar. quem. cau. L. arboribus, 12. §. navis, D. de usufr.* Sumptum ex regula juris generali, qua efficitur debitorem interitu rei debitæ liberari, qui modo sine culpa ejus contigerit. *L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, D. de verbor. oblig. L. quod te, D. si cert. pet.* At qui pro re accepta promittit et debet, aliud tantumdem ex eodem genere, quod fit a fructuario in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, ejus periculum est, si res accepta perierit, ut in mutuo, in quo res ejusdem generis eadem lege et conditione accipiuntur. *§. item is*, illic, *at is, Instit. quib. mod. re contrah. obl.* Non enim earum interitu liberari potest juxta regulam, quia eas non debuit. Tantum debuit alias ejusdem generis, aut æstimationem, easque generaliter et incertas. Incerte res perire dici non possunt. Atque hinc intelligere, quid referat, utrum dicamus in vestimentis esse proprium usumfructum, an vero esse usumfructum earum rerum, quæ usu consumuntur, quod supra attigeram.

XI. Sed etsi hæc pars cautionis rem ad usumfructum quodammodo revocat, dum facit, ut videatur nec consumi, quæ semper velut eadem redditur: tamen si hic consisteremus, nondum esset ususfructus. Nam et hæc communia sunt cum mutuo. Consistit enim et mutuum in iisdem rebus, et in eo res similiter ita dantur, ut fiant accipientis, ut tantumdem postea reddatur. *§. 1, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Additur igitur in hac cautione conditio, quæ rem propriam ususfructus facit, et hanc restitutionem a mutuo separat. Promittit enim fructuarius se tantumdem restituturum sub conditione, cum mortuus erit, aut capite minutus. *d. L. si vini, de usufr. ear. rer. d. §. constituitur, de usufr.* Hæc conditio solius ususfructus propria est. Sic enim finitur ususfructus omnium rerum, et solus. Mutuo si simpliciter res datæ essent, statim repeti possent. Conditionem hanc si adjicias, ut maxime dicas te mutuo dare:

tamen vi ipsa usumfructum efficias, non mutuum.

XIV. Notandum in stipulatione de usufructu harum rerum solum interponi hos duos casus, quibus finiatur ususfructus; mortis, et capitis deminutionis. *L. in stipulatione, D.* de usufruct. ear. rer. *Idcirco*, inquit Ulpianus, *hi duo soli casus, quoniam pecuniæ* (intellige et similium rerum) *usus aliter amitti non potest, quam his casibus.* Hoc in *L. etsi*, 7. §. 1. *D. usufructuar. quem. cav.* Idque natura harum rerum et finis ususfructus facit. Dantur enim res, ut fiant fructuarii, et quidem utendi, id est, consumendi caussa. Proinde non finietur hic usufructus interitu, aut mutatione earum rerum, quia hoc ipsum agitur, ut consumantur, atque ita consumptione et mutentur, et intereant. Non finietur etiam hoc modo, si fructuarius rebus non utatur per modum et tempus: quoniam cum proprietas in eum transferatur, etiam hoc agitur, ut rebus utatur suo arbitratu: quandoquidem ita est potestas domini cujusque, ut sit moderator, et arbiter rei suæ. *L. in re, C. mand.*

XV. Illuc redeo, recte dictum esse remedio hujus cautionis introducto effectum esse senatusconsulto, ut pecuniæ et similium rerum non quidem proprie esset ususfructus, quia senatus auctoritas naturam rei mutare non potuit: sed quasi ususfructus inciperet haberi. *d. L.* 2. *de usufr. ear. rer. d. §. constituitur*, in fin. *de usufr.* Quod cum efficiatur hac cautione atque hoc remedio; apparet, cautione non interposita, nullum earum rerum usumfructum intelligi posse. Eo fit, ut pecuniæ usufructu legato, aut quod idem est, usufructu legato omnium bonorum, in quibus est pecunia, quamvis hanc cautionem (4) vetuerit exigi testator: tamen placet ejus pecuniæ nec usumfructum nec proprietatem aliter accipi posse, quam obiata hac senatusconsulti cautione *L.* 1. *C. de usufr. L. si pecuniæ, D. ut in pos. leg. esse lic.* Quippe jubetur ratum esse, quidquid testator testamento cavit: *L. verbis, D. de verbor. signific.* §. *disponat, Novel. de nupt.* sed hactenus, dum ne contra naturam, aut adversus leges jussa sint, quæ sunt ejusmodi, ut fieri non possint. *L. nemo*, 55. *D. de legat.* 1. Quod in prohibita cautione hac contingit. Nam pecuniæ ususfructus natura esse non potest. Potest esse jure: sed non aliter, quam interposita hac cautione. Ita fit, ut prohibita hac cautione usumfructum pecuniæ legando, testator id velit, quod natura fieri non potest. Sed ut impossibili conditione legato adjecta, ita hic conditio pro non adjecta habebitur. Ideoque permittetur legatario satisdare, et usumfructum consequi, ut est in *d. D. si pecuniæ, D. ut in pos. leg.* Hæc ex eo, quod in pecunia et similibus rebus non potest esse ususfructus sine cautione.

XVI. Quid ergo si res datæ sint fructuario fruendi caussa sine hac cautione? Et scriptum est in *L.* 5. §. 1. *D. de usufr. ear. rer.* constante adhuc usufructu si quis velit, posse omissam cautionem condicere incerti condictione: finito autem usufructu posse condicere ipsam quantitatem. Conditio hæc repetitio est. Nascitur ex hac caussa: quæ enim hic res dantur fructuario, dantur ob caussam, nempe ut fruatur, et finito ususfructu reddat. Hæc caussa non sequitur, ubi cautio non intervenit. Jam enim dixi sine hac cautione usumfructum non esse. Sic fit, ut hic condictio intelligenda sit ob caussam dati caussa non secuta; vel condictio sine caussa, quæ concurrit, et hic ex eadem caussa nascitur. At quomodo hæc condictio ad cautionem condicendam; cum constet hac actione condici id, quod datum est ob caussam, in proposito autem proprietarius nullam cautionem dederit, sed rem fruendam? Recta competit hæc condictio ad rem datam repetendam: sed alia via etiam cautionem repetit, et censequitur. Fructuarius enim hac condictione conventus alterum cogetur fa-

(4) Consentit Hot. ad *L.* 1. *C. h. t.* et per *d. L.* 1. et quia ususfructus uti accidens sine subjecto, vel vero, ut sunt corpora; vel ficto, ut est cautio, constitui nequit. Et jure publico hæc cautio inducta privati voluntate mutari nequit. Bonum hoc argumentum, si inducta non tantum ad securitatem concedentis, ejusque favorem, sed potius ex necessitate, ut fingi et haberi possit quasi ususfructus, adeoque si substantia ususfructus in hac cautione consistit, quod (licet acriter nec sine ratione refragetur Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 78. *et seqq.* qui tamen *n.* 76. a testatore remitti non posse fatetur) verius puto. Et placet Fabro 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 7. ut et velit, nec heredem ipsum posse remittere hanc cautionem, quia non magis fictione juris quasi ususfructus sine ea constitui possit, quam per rerum naturam aliquis esse. Diss. quoad hoc Gomez. 2. *Res.* 15. *n.* 3. volens quando constituitur contractu inter vivos remitti posse. Fach. 8. *Contr.* 42. Jo. del Cast. *de Usuf. C.* 16. *n.* 26. *et seqq.* Paul. Busius *ad L.* 4. *et* 5. *h. t. n.* 5. *et* 6.

cere, aut rem restituere, aut cavere. Quod si fit, habet proprietarius, quod petebat, et vere dicitur cautionem condixisse, qui eam per condictionem institutam est consecutus. Quoniam autem incertum est, utrum fructuarius præstet, rem, an cautionem, bene dicta est hæc conditio incerti.

XVII. Sed ad hunc usumfructum sub hac conditione constituendum qoid opus fuit auctoritate publica senatusconsulti? Quid enim, an usufructu pecuniæ legato non potuit constitui a Jurisconsultis abusive hic mutuum constitutum videri: sub conditione tamen, ut non nisi iis casibus, quibus finiri solet ususfructus, pecunia redderetur? aut an non potuit etiam idem ususfructus constitui, et eadem conditione, quem quave conditione a senatu constitutum videmus? Omnino a Jurisconsultis neutrum potuit constitui. Mutuum quidem non potuit: Usumfructum enim dixit testator. Repugnat verbis, ut accipiatur mutuum: Pugnat enim toto genere mutuum et ususfructus: in illo res transfertur: in hoc res manet aliena. Nec dici potuit dictum testatoris sic accipiendum de mutuo propter usum rei, quasi abusive vocatus esset. Aliud est enim ambigue et obscure loqui, quod in diversas partes trahi possit: aliud nominare rem unam rei et substantiæ vocabulo, cum aliam intelligas. Hoc posterius qui fecit, nihil egit. *Qui aliud dicit*, ait Paulus, *quam vult, neque id dicit, quod vox significat*, quia non vult: *neque id quod vult, quia id non loquitur*. L. 3. D. *de reb. dub.* Veluti si quis leget supellectilem, cum vellet vestem legare: aut leget aurum, cum vellet legare electum. *L.* 4. *D. de leg.* 1. Quod plane ei accidit, qui volens legare mutuum, legaverit usumfructum. Quod si retentis verbis velimus constitui pecuniæ usumfructum; id vero a privatis effici non potuit. Refragatur enim natura ususfructus, quominus res detur fructuario, et ejus fiat, et quominus utendo consumat; quamcunque rei restituendæ legem addideris. Quare ut hic ususfructus esset, publica auctoritate in eo opus fuit. Et de ea re senatusconsultu cautum.

XVIII. Post quod senatusconsultum hæc sententia recepta est de iis rebus, in quibus ususfructus constitui potest, omnium rerum, quæ in bonis sint, usumfructum constitui posse. *L.* 1. *D. de usufr. ear. rer. I.* 1. *D. de us. leg.* Proinde non tantum immobilium, sed et mobilium, ut ante dixi: neque mobilium tantum, quæ usu non consumuntur, sed et earum, quæ consumuntur: tantum hoc interesse, quod in illis vere et naturaliter est ususfructus: in his quasi ususfructus, qui proprio quodam jure constet prope ex omnibus partibus. Et ut singularum rerum ususfructus legari et constitui potest; Sic potest et (5) omnium bonorum, et partis bonorum. In quibus quid contineatur, declaratur in *L. quoties* 34. §. *ult. L. si alii*, 42. §. 1. *L. etiam, seq. D. de usufr.*

XIX. Jus diligenter notandum: cum propter earum rerum usumfructum nominatim constitutum, tum propter usumfructum legitimum bonorum. In quo quæritur quid de his rebus, quæ usu consumuntur, et quatenus ad eum, cui ususfructus tribuitur, pertinere debeat. Et maxime propter verba constitutionum ad hanc speciem pertinentium, quæ rem dubiam faciunt. In primis vero, quæ sunt de usufructu bonorum adventiciorum filiisfamilias. Quæ quo modo accipiendæ sint, ex hac parte sumi oportet. De his sic Justiniani lex est, ut eorum usumfructum velit esse patris. *L. cum oportet*, §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Proinde si in bonis adventiciis filii erit pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aut res similes: sciemus earum etiam rerum usumfructus esse patris, quoniam receptus est senatusconsulto earum quoque ususfructus. Et quoniam placet earum rerum usumfructum esse, etiam earum proprietas erit patris, non filii, quia ita est istarum rerum ususfructus, ut proprietas earum ad fructuarium transferatur. *d. L. si vini*, *D. de usufr. ear. rer.* Atqui constitutio Justiniani ita usumfructum horum bonorum patri tribuit, ut proprietatem nominatim ei deneget, et tribuat filio. Sed intelligemus hanc partem de proprietate ad eas res, quæ usu consumuntur, non pertinere. Apparet enim superius illud dictum esse de iis, in quibus repugnat usuifructui proprietatem transferri ad fructuarium: quod jam didicimus in hoc genere rerum non contingere. Dicemus etiam, quod proprietas in his transfertur, pro proprietate translata habendum non esse, cum semper restituendum sit tantundem ex eodem genere: quod facit, ut videatur res

(5) Vid. Gœd. ad *L.* 165. *de V. S.* Jo. del Castillo *de Usuf.* C. 38. *et* 3. *seqq.* an et quando in eo legato veniant res venales. Vasq. 3. *Contr. usu frq.* 56. *n.* 6. *et* 7. Quæ in eo ratio Falcidiæ ineundæ Cujac. *in Nov.* 18. *p. m.* 98. *et seq.* Castillo *d. Tr.* C. 60.

ipsa, quæ accepta est, restitui. Sed ut in his proprietas est patris pro conditione rerum, ita eadem conditio ususfructus facit, ut si pereant, periculum sit patris, qui quandoque finito usufructu earum rerum, non rationem tantum, sed ipsas res ejusdem generis reddere debebit. Quod ergo ejusdem principis constitutiones volunt bonorum adventiciorum administrationem liberam esse patri et impunitam, eamdemque immunem a ratiociniis. *L. cum oportet*, §. *non autem L. ult.* §. *sin autem legata, C. de bon. quæ lib.* ne hoc quidem de his dictum est, quæ usu consumuntur. Quod satis intelligitur primum ex verbo administrationis. deinde quod eodem loco constitutiones in hac administratione excipiunt alienationem et hypothecam, quam nominatim partibus suo nomine denegant. Administratio eorum est, qui ad res alienas gerendas accedunt, non dominorum. Et ideo his denegatur alienatio suo nomine, quia res ad eos suo nomine non pertinent. At quæ res usu consumuntur, cum fiant patris, consequens est, ut et libera sit potestas patris de his statuendi, et libera alienatio.

XX. Quod reliquum est, merito dubites, an de his consuetam cautionem debeat præstare pater desideranti filio. Dubitatio ex ipsis verbis constitutionum. Nam hæ jubent excusatum esse patrem et a ratiociniis, et a cautionibus, et ab aliis omnibus quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur. *d. L. ult.* §. *sin autem legata, C. de bon. quæ lib.* Rursum cædem constitutiones nihil nisi usumfructum in his bonis patri tribuunt; ut quamvis velimus earum rerum, quæ usu consumuntur, proprietatem fieri patris: tamen velimus id fieri ususfructus jure, non alio jure. Porro in hoc genere rerum non est ususfructus nisi ex senatusconsulto, nec est ex senatusconsulto, nisi interveniente cautione. *d. L. 2. D. de usufr. ear. rer. d.* §. *constituitur*, in fin. *Inst. de usufr.* Quo fit, ut vel ipso verbo ususfructus, qui in his tribuitur patris, satis videatur ea cautio a patre exigi, sine qua non sit ususfructus. Utrum ergo magis probamus? Ego puto recte exigi a patre, ut patiatur saltem (6) describi, seu in inventarium redigi res, quæ ex iis bonis usu consumuntur. Constat enim id agendum esse, ut quandoque finito usufructu tantumdem reddatur filio, sive perierint res postea, sive deterioris factæ sint. Quod fieri non potest, nisi quæ res hæ initio fuerint, constet. Ut autem possit constare, descriptio earum præstabit. Id si factum erit, cautionem a patre non anxie desiderabimus, et multo minus satisdationem, id est, fidejussores. Sic enim parebimus ei parti constitutionum, quæ jubet immunem esse patrem a cautionibus, et nihilominus recte consuletur filio, cui satis cautum est iisdem constitutionibus, dum jubent finito usufructu, quod ex usufructus caussa apud patrem est, id filio restitui. Quod si res describi non patitur pater, puto ab eo recte cautionem desiderari ex verbis etiam constitutionis; quia non recipistur in his ususfructus, nisi cautio interveniat, qua caveatur proprietario.

(6) Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. n.* 23. Sc. Gent. *de Bon. mat. C.* 9. Solvitur tamen necessitate solemnia inventarii observandi, vid. Castillo *de Usufr. C.* 3 *n.* 88. *et seqq.* Quæ remedia contra patrem bona dilapidantem vel de quo suspicio dissipationis? Vid. Pinel. *in d. L.* 1. *P.* 3. *n.* 75. *et seqq.* Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 33. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C.* 12. Franc. Munnoz. de Escobar. *de Ratiocin. admistr. C.* 6. *n.* 5. *et seqq.*

C A P. V.

Quibus modis a privatis constituatur jure, ususfructus: Tum quibus verbis constitutus intelligatur.

Constituitur suis modis ususfructus pactionibus et testamento. I.
Testamento quomodo, triplex hujus constituendi ratio, et qualis. II. III.
Item constituendi testamento ususfructus modus alius duplex; et qui de accrescendo usufructu cur alibi. IV. V.
Ut testamento constituatur sola defuncti voluntas necessaria; traditio non item. VI.
Constituitur ususfructus et pactis. Quæ sint ejusmodi. Quæ constituendi ratio, et quotuplex. VII.
Ad ejus constitutionem quasi traditio necessaria: et quare. Hujus exempla. VIII.
An pure, et ex die; et ad diem certam et sub conditione constituatur ususfructus, quo opportuniore loco disseret auctor. IX.
Quibuscunque verbis, seu pactis, seu testamento constitutus valet ususfructus. X.
Si verba testatoris ambigua, quæ ratio voluntatis interpretandæ. XI.
An fructibus, seu redditibus annuis fundi legatis, relictus ususfructus intelligatur. XII.
Conciliatur Labeo in L. cum ita 41. D. de us. et usufr. leg. *cum Scævola in* L. Fundi 38. D. eod. *et in* L. defuncta 58. §. 1. D. de Usufr. XIII. XIV. XV.

I. Atque hæc et personæ constituentis, et rerum in quibus constituitur ususfructus, in privatis conditio est. Restat constituendi modus. Quisquis enim usumfructum constituet, et quarumcunque rerum constituetur ususfructus, non constituitur, nisi justis modis. Modi constituendi iidem, qui et cæterarum rerum transferendarum. Constituitur ergo ususfructus a privatis aut testamento, id est, suprema voluntate, sive testamento id fiat, sive codicillis, aut inter vivos pactionibus ad res transferendas comparatis. *L.* 3. in pr. *D. de usufr.* §. 1. in fin. *Inst. eod.*

II. Testamento constituitur, cum testator legando alicui vel rem, vel usumfructum rei, separat usumfructum a proprietate, ut unius velit esset usumfructum, alterius proprietatem. Hinc mentio hujus separationis in *d.* §. 1. *Inst. de usufr.*

III. Contingit, ut ibidem indicatur, hæc separatio tribus modis: ac totidem constituitur testamento usufructus. L. 6. in pr. *D. de usufr.* Uno modo, cum testator fundi usumfructum (1) legat alicui; quo casu legatarius usumfructum constitutum habet: heres nudam proprietatem. Altero e converso, cum testator alicui legat fundum detracto usufructu; quo casu legatarius nudam proprietatem habet: ususfructus relinquitur apud heredem. Tertio, cum testator legat duobus, uni usumfructum fundi, alteri eumdem fundum deducto usufructu, quo casu prior ille habet, usumfructum, hic nudam proprietatem. Et quidem hic semper et statim proprietatem, non autem heres, quamvis proponas alii usumfructum legatum esse sub conditione. *L. fundus. D. si ususfr. pet.* Sed proprietatem nudam: si tamen ei fundus legatus sit ita, ut proposui, id est, fundus deducto usufructu, ut testator hoc nominatim exprimat. Nam si ita leget, Titio fundi Tusculani usumfructum do lego. Sempronio eumdem fundum do lego: intelligetur etiam Sempronio usumfructum cum proprietate dedisse, quia in fundo legato dominii translatio inest: in dominio semper ususfructus tanquam pars intelligitur, nisi aperte separetur, ut dixi in definitione. *L. si alii, D. de usufr. leg.* Unde evenit, ut in hac specie Titius et Sempronius in usumfructum concurrant, sive hactenus inter eos jus accrescendi. *L.* 3. *in fin. D. de usufr. accr.*

IV. Constituitur testamento ususfructus, alias recta, ut cum aperte alicui relinquitur: alias jure accrescendi prius inter ali-

(1) Casus tamen quidam sunt, quibus sub nomine ususfructus plena proprietas relicta censetur, habita ratione voluntatis magis quam verborum, de quibus consule Menoch. 4. *Præsumpt.* 133. Jo. del Castillo *de Usuf.* C. 30. Hujusmodi exemplum putatur in *L. Proculus* 19. *h. t.* quod tamen refellit Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. matern. P.* 3. *n.* 41. P. Busius ad *L.* 19. Sed contra Pinellum adstruit Castillo *d. C.* 30. *n.* 25. *et seqq.* novissime Timo. Fab. *Lib.* 1. *Annotat. C.* 24.

quos constituto. Nam si duobus ejusdem fundi ususfructus datus sit, ab initio singuli ad legatum concurrentes nihil amplius, quam ususfructus partem habent. Sed est inter cos jus accrescendi legato constitutum. Eo jure fit, ut si in unius persona amissus sit ususfructus, alteri conjuncto accrescat. *L. 1. et deinceps. D. de usufr. acc.*

V. Hinc quæstio de hujusmodi usufructu accrescendo, inter quos sit hoc jus, quando, et cui ex hoc jure ususfructus accrescat. Quæstio haud dubie ex parte ad acquisitionem ususfructus pertinens. Quam ob caussam videri potest non male subjecta in Pandectis *Titulo, de usufructu*, in quo de acquirendo usufructu agitur. Sed quoniam non prius hoc jure ususfructus accrescit, quam sit finitus; et de finito quæritur, ad quem redire debeat, ad proprietariumne, an vero ad conjunctum: magis illius loci quæstio est, in quo quæritur quibus modis ususfructus amittatur, et quis exitus sit ejus amissionis in usufructu amisso transferendo. Ad quam partem præcipue hæc quæstio pertinet. Nam et repetitus ususfructus cum fuerit amissus; acquiritur ei, in cujus persona repetitus est. Nihilominus tamen propter superiorem effectum amissionis hic locus de repetito in ea parte tractatus est. Quamobrem et quæstionem eamdem de usufructu accrescendo in eum locum rejecimus. Redeo igitur ad illam ususfructus a proprietate separationem, quam dixi induci testamento, qua eadem constituatur ususfructus.

VI. Quo loco hoc adjiciendum est, quocumque modo ex illis superioribus usus erit testator in separando constituendoque usufructu, illud tenendum esse, sola voluntate defuncti constitui usumfructum, nec desiderari (2) traditionem vel heredis vel legatarii. Finge legasse eum alicui usumfructum. Legatarius usumfructum statim vindicabit. *L. si Titio, 10. D. de usufr. leg.* Non vindicat, id est, actione in rem petit, nisi suum jam factum. *L. uti frui, D. si ususfr. pet.* ut et in rebus corporalibus non datur vindicatio, aut in rem actio, nisi ei, qui dominium acquisivit. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. et act.* Finge e converso testatorem legasse fundum deducto usufructu. Recta via transit proprietas ad legatarium. *L. a Titio, 64.* in fin. *D. de furt.* Unde necesse est evenire, ut simul solus ususfructus maneat apud heredem.

VII. Constituitur ususfructus (3) pactionibus, si quæ sunt idoneæ ad rem transferendam. Ut venditione, permutatione, donatione, stipulatione. Donationis mentio est in *L. 1. §.* pen. *D. de superf.* stipulationis in *L. 3.* in pr. *P. de usufr. §. 1.* in fin. *Inst. eod.* Constituitur autem his modis, cum eadem separatio ususfructus intervenerit, quam modo in suprema voluntate usurpari solitam diximus. Nam et hæc species eamdem illam separationem admittit. Potest unusquisque dominus vendere, aut donare alii usumfructum rei suæ, ut ususfructus sit ejus, cui venditus aut donatus est: proprietas nuda apud veterem dominum maneat. Licet hoc superficiario in ædibus superficiariis: *d. L. 1. §.* pen. *de superf.* multo magis domino in re sua. E converso potest quivis rem suam alteri vendere aut donare, retento usufructu, ut nuda proprietas transeat in eum, cui res vendita aut donata est: ususfructus maneat apud venditorem aut donatorem. *L. quisquis, C. de don.* Potest etiam dominus facere, ut hæc duo ad diversos transeant, ut, si primo usumfructum rei suæ vendat, deinde proprietatem quam retinuit, vel vendat alii, vel ex aliis caussis in alium transferat: qui sunt tres modi, quibus supra, usumfructum a proprietate separari diximus.

VIII. Sed utrum testamento his modis constituatur ususfructus, an pactionibus, hoc interest, quod ut in rebus corporalibus transferendis, quæ defuncti fuerunt, sic in constituendo usufructu, ut fiat ejus, cujus testator eum esse voluit, sola voluntas defuncti sufficit, ut dixi. Pactio et conventio

(2) Vid. Castillo *de Usuf. C. 9.* Dissent. A. Fab. 65. *Error. Pragm. 2. pag.* 290. volens usumfructum non posse recta via transire in legatarium, sed traditione ac facto heredis opus esse ad eum constituendum, cum non nisi per separationem constituatur, et nunquam testatoris fuerit, cui res sua non servit. Sed his facile est occurrare. Nam et usumfructum ante agnitionem acquiri ignoranti probat *L. 1. §. 1. de us. accr.* in verbo *repudiante.* Quæ actiones sint ex legato ususfructus, et quæ remedia ejus obtinendi plenius, Castillo *d. Tr. C. 6.* vid. et *de Usufr. legato* Meno. *Lib. 4. Præsump.* 133. *et 10. seqq.*

(3) Itam locatione *L. 10. C. h. t.* ubi Hot. exponit quid inter locationem simplicem et ususfructus intersit, videlicet quod hæc non vinculum tantum juris, sed dominium juris transferat, quod requiratur cautio, quod modus utendi præscribi nequeat. Cæterum *d. L. 10.* in eo quod *morte conductricis* finiri dicitur ususfructus resistit *L. 18 in fin. C. de Jur. dot.* Unde Hot. *d. lo.* verbo *locavit* sede dimoto, reponit verbum *successit.* Sed verior conciliatio Mercerii in Conciliatore *p. 721. et seq.*

omnis ut de re corporali transferenda, sic de usufructu constituendo (1) traditionem desiderat. Sic jus est de rebus corporalibus; traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri. *L. traditionibus. C. de pact.* Idem valet et in servitutibus, quatenus fert earum natura. Tradi vero non possunt, quæ sunt incorporales. At placet intervenire debere, quod sit pro traditione, usum domini servitutem constituentis, et patientiam. *L. quoties, ult. D. de serv. L.* 1. in fin. *D. de serv. rust. præd.* Id et ad usumfructum pertinet. Unde si cui non acquiritur statim ususfructus constitutus, ut fit in pactionibus nudis de usufructu constituendo; ut in testamento olim, cum legabatur per damnationem; nunc si legetur ususfructus rei alienæ aut heredis: in his exigitur, ut detur ususfructus fructuario: et dari intelligitur, si dominus, a quo est ususfructus, induxerit fructuarium in fundum, eumve patiatur uti frui *d. L.* 3. in pr. *de usufr.* Sane si quis rem vendendo aut donando usumfructum rei retineat; statim usumfructum habere incipit separatum a proprietate. Sed et hoc non sine traditione. Retentio enim ususfructus facit; ut credatur prior dominus continuo rem tradidisse, quasi qui constituerit hoc modo se nomine emptoris aut donatarii possidere. *d. L. quisquis, C. de don. L. quod meo, D. de acq. poss.* Post quam traditionem sequitur, ut ususfructus, qui manet, nudus sit ususfructus: quodammodo traditus a proprietario; dum patitur eum manere apud eum, apud quem erat prius transferendi caussa. Quod cum fit, etiam in rebus corporalibus traditio non est necessaria. *L. qua ratione, §. interdum D. de acq. rer. dom.*

IX. Utriusque modi commune hoc est, ut constitui possit ususfructus et præsens, idest pure, et ex die, idest, non tantum in diem certum, sed et sub conditione, qui dies est incertus. *L. 4. D. de usufr.* Potest et ad diem, aut conditionem. *L. cui ususfructus, D. de usufr. leg.* Aliter atque in servitutibus prædiorum. *L. 4. D. de servit.* Quorum de duobus prioribus dicemus postea in acquisitione servitutum prædiorum, quæ pactionibus contingit: partim ut sit locus expositus in commune; partim quia maxime ibi quærendi locus est, propter obscurum responsum Papiniani de servitutibus prædiorum ad hanc partem pertinens: de duobus autem posterioribus, quia ad finiendum usumfructum pertinent, dicetur postea in usufructus amissione. Factum id est *hujus Lib. Cap.* 16. Sed et ab initio pro parte indivisa, vel divisa ususfructus constitui potest, ut utrobique divisus sit et certæ partis, non totius fundi ususfructus. *L. 5. D. de usufr. L.* 1. *§. si ususfructus, D. ad leg. Falcid.* quod et ipsum in cæteris servitutibus dissimile est, quæ sunt indivisæ. *d. L.* 1. *§. si ususfructus, ad leg. Falcid.*

X. Illud tenendum est, ad rationem constituendi ususfructus nihil pertinere, quibus verbis constituatur, dum hoc constet, de constituendo usufructu actum esse. Valetque hoc in omnibus cum supremis voluntatibus, tum conventionibus, ut quibuscumque verbis quid legatum aut conventum constet, tam ratum sit, quam si solemnibus et legis verbis maxime quis usus esset. *L. in legatis, C. de legat. L. omnes, C. de contr. et com. stip.*

XI. Solum hoc videndum, an verbis constitutus si ususfructus. De quo sæpe ambigitur, sive quod testator alio verbo utitur in legando, quam ususfructus; et dubitatur, num eo significetur ususfructus; sive quod mentionem fructuum faciendo dubium facit, utrum de constituendo usufructu senserit, an non senserit. Cujus dubitationis explicandæ caussa si de verbis idem significantibus quæritur, sciemus hæc ususfructus significationem habere; fructum, habitationem, operas servorum, jus fruendi. *Ususfructus, an fructus legetur*, inquit Ulpianus, *nihil interest: nam fructui et usus inest.* L. per servum, §. 1. *D. de usu et hab.* unde fructus pro usufructu passim. *L.* 4. *de op. serv. L. cum filius*, 76. *§. dominus*, juncta *L. Mævius*, 66. *§. pen. D. de leg.* 2. Inde et fructuarii nomen usitatum pro usufructuario. *L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.* Habitatio interprete et constituente Justiniano nihil aliud quam ususfructus ædium. *L. cum antiquitas, C. de usufr.* Operæ servorum, ususfructus servorum, *d. L.* 4. *de op. serv.* Jus fruendi explicatio est verbi ususfructus. Itaque hac circumlocutione velut definitione usumfructum intelligimus. *L. uti frui, D. si us. pet. Inst. de reb. corp.* illic; *nam et fructus.* Non eamdem significationem esse constat fructuum, si qui fructus plurali numero nominet. Fructus enim, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, ipsum autem jus utendi fruendi, incorporale, ut est in *d. Tit. de reb. corp. et incorp.*

XII. Inde dubitatum de hac specie, si quis

(1) De quo et quod pactis nudis constitui nequeat vid. Castillo *de usufr. C.* 10. *n.* 100 *et seqq.*

fructus annuos, aut annuos reditus fundi leget, videaturne usumfructum fundi constituisse legatario, quia mentionem fructuum annuorum facit, qui esse solent in usufructu; an vero non constituisse, quia verbo fructuum ipse ususfructus seu jus utendi fruendi non significetur.

XIII. Dubitatio eo major, quod videntur in hac specie dissidere veterum sententiæ relatæ in Pandectas. Quæ nobis eo justior caussa est hanc partem hoc loco attingendi, ut explicetur. Et in *L. antep. D. de us. leg.* itemque in *L. si quis ita*, 20. *D. de usufr.* Ita scriptum est de sententia Labeonis: si quis ita legaverit, *fructus annuos fundi Corneliani Mævio do lego*, perinde accipiendum esse, ac si ususfructus fundi esset legatus. Atque fructus annui sunt corpora. Proinde nihil minus, quam jus utendi fruendi, ut dixi. Fatetur Labeo; fatentur Javolenus et Ulpianus, qui Labeonis sententiam referunt, et probant in supra scriptis locis. Et ideo non dicunt hoc sermone legatum esse usumfructum: sed sermonem perinde accipiendum, quasi ususfructus esset legatus. Et rationem reddit Labeo aliunde, quam ex significatione fructuum ductam: quia, inquit, hæc mens fuisse testatoris videatur. *d. L. antep.* Unde ergo mens hæc intellecta præter rei legatæ significationem? Ex verbis relicti his quibus testator se hos fructus *dare legare* dixit. Hoc verbo *dandi legandive* significat testator se potestatem facere legatario fructus annuos vindicandi, et sibi sumendi. Sunt enim hæc verba legati veteris, quod dicebatur per vindicationem, quo genere jubebatur legatarius rem sibi habere, sibique sumere, eoque ut suum vindicare, ut docet Ulpianus in *fragmentis tit. de legat.* Theophilus ad §. 1. *Inst. eod. tit.* Qui jure in alieno quid potest facere, et sumere invito domino, huic servitus constituta est in alieno, ut ostendimus in definitione servitutis. *L. quoties nec hominum*, ni fin. *D. de serv.* Ususfructus igitur in proposito constitutus, quia alia servitus esse non potest.

XIV. Sed duobus in locis dissentire videtur Scævola. Primum in *L. fundi*, *D. de usufr. leg.* ubi exemplo simillimo testator ita scripsit: *fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivet, dari volo.* Omnia, ut videtur, similia. Reditus enim fundi (5) sunt fructus. *L.* 7. in pr. *D. de usufr.* Et his verbis, *dari volo*, non minus eos legavit, quam si dixisset, *do lego.* Negat tamen Scævola in hac specie usumfructum uxori constitutum: scribit enim heredem teneri, ut fructus et reditus annuos præstet: cæterum posse fundum impune vendere, ut hæc præstatio emptorem non sequatur. Dici potest, olim ut hæc a veteribus scripta sunt, nihil contrarii habere; quia hæc verba *dari volo*, sunt verba fideicommissi, §. *ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Ulpianus in *fragmentis tit. de fideicommissis.* Illa autem, *do lego* constat esse verba legati et quidem optimi et certissimi, nempe per vendicationem. Sed nihil agitur hac distinctione: non enim eo minus valuerunt jam olim fideicommissa temporibus Scævolæ. Hodie autem post constitutionem Justiniani maxime hæc differentia sublata est, qui exæquavit legata fideicommissis et contra. *L.* 2. *C. com. de leg.* Ego puto et olim utrumque recte dictum esse manente fideicommissorum et legatorum differentia, et etiam nunc recte dici hac sublata; Utrumque et verbis et voluntate testatoris recte defendi. Ad voluntatem enim constituendi usufructus multum interest, utrum testator ita dicat, fructus seu reditus illius fundi *do lego*: an vero ita, fructus seu reditus illius fundi *dari volo.* Prius qui dicit, potestatem, ut paulo ante dixi, facit legatario fructus sumendi. Hæc potestas servitutem, et in proposito usumfructum habet. Posterius qui dicit, nihil dicit omnino, unde possit intelligi usumfructum constitutum, sed omnia potius contra. Nam primum verbo fructuum, seu redituum, corpora fructuum significantur, non jus fruendi. His autem verbis relicti, *dari volo*, aperte testator facit potestatem (6) heredi eos fructus sumendi et dandi. Hac potestate heredi tributa, non modo non constituitur legatario ususfructus, sed etiam aperte denegatur. Quod enim dominus facit in re sua, jure suo facit, libertatis, inquam, jure, non servitutis: quoniam res sua nemini servit *L. in re*, *D. de serv. urb. præd.* Nihil ad rem pertinet, quod Justinianus differentiam inter legata et fidei-

(5) *L.* 25. *de us. leg.* Quod tamen dubium videtur Jo. del Castillo *de us. C.* 29. *n.* 26. quia redditus fere sint, qui ex locatione, fructus qui ex corpore rei percipiuntur.

(6) Ita et Pac. 6. Q. 31. Brun. 1. *Ass.* 87. Et conveniunt fere Menoch. 4. *Præs.* 136. Pinel. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 12. Castillo *d. C.* 29. *n.* 16. *seq.* interesse scribente an verba ad legatarium directa vel simpliciter prolata, ubi ususfructus relictus; an precaria et ad heredem relata, ut ab illius manu accipiat ubi annuum legatum *d. L.* 38 *et L. patrimonii* 22. *de us. leg.* Effectus autem magnus, nam posteriore hoc casu tantum oritur obligatio personalis, Pinel. *d. n.* 12.

commissa sustulit, fecitque ut nihil interesset ad vim legati, utrum testator diceret, *do lego*, an vero *dari volo*, d. L. 2. *C. com. de legat.* Constitutio enim ad ea pertinet, quæ constat testatorem dari voluisse, quæ Justinianus quibuscunque verbis relicta sint, pariter confirmat. Quod si quid testator datum noluit, non facit constitutio, ut sit legatum præter voluntatem. Hanc enim Justinianus tueri voluit, non adversus eam facere, ut ipse in hac ipsa parte nominatim testatur in §. 1. *Inst. de legat.* Nunc autem in specie proposita negamus eum constituere voluisse usumfructum, qui de reditibus fundi aut fructibus ita cavit, ut eos ab herede dari vellet.

XV. Alter est locus Scævolæ, quo etiam tum, cum in fructibus annuis relinquendis testator usus est his verbis, *do lego*; tamen negatur ususfructus constitutus: ut locus non magis obstet dictæ *d. L. antep. de usufr.* quam videtur superius responsum nostrum in iisdem verbis repudiare. Is est locus in *L. defuncta.* 58. §. 1. *D. de usufr.* Testator ita scripsit: *Sempronio do lego ex redactu, seu ex reditu fructuum, quos habeo in illo agro meo, partem sextam.* Respondet Scævola non usumfructum, sed ex eo, quod redactum esset, partem sextam legatam, nempe quam præstet heres, non quam legatarius jure ususfructus percipiat, quia prius negaverat usumfructum legatum. Bene vero Scævola, nec quidquam hic prioribus contrarium. Aliud est enim legare fructus annuos; aliud ex redactu fructuum (7) partem aliquam. Quod et Scævola satis indicat, cum ait non usumfructum legatum, sed ex *redactu fructuum partem sextam.* Qui legat fructus ipsos facit legatario ipsorum fructuum sumendorum et percipiendorum potestatem, ut ante dixi: atque in eo est servitus. Qui autem legat ex redactu aut reditu fructuum partem aliquam, is prius vult fructus esse redactos, quam ex his ullam partem præstitam, legatamve. A quo autem vult fructus istos percipi, et redigi? Ab herede videlicet, sic deinde partem legatam ab eo præstari. Apparet enim potestatem hanc fructuum redigendorum non esse collatam in legatarium. Quod autem in alium non confertur ex jure hereditario, id totum est heredis. *L. legatum.* 116. *L. de legat.* 1. Quod si in proposito tribuitur heredi, ut sumat ipse et percipiat fructus, perspicuum est relictum esse illi, ut faciat in suo, non ut alterum facientem cogatur pati. Ex quo intelligitur nec servitutem, eoque nec usumfructum esse legatum, ut Scævola respondit *d. L. quoties nec*, in fin. *de servit.*

(7) Vulgo rationem *d. L.* 58. §. 1. in eo ponunt, quod ibi non omnes fructus legati sed certa eorum pars. Quod licet impugnet Pinel. *d. loc. n.* 13. *ex L.* 76. *de R. V.* ab ea tamen non recedit *n.* 14. quia, inquit, relicta parte fructuum ea ratio, ne communio possessionis discordias pariat. Firmior est ratio, quam post Connan. 4. *Comm.* 3. adfert Castillo *d. C.* 29. *n.* 25. quia in *d.* §. 1. certa fructuum species designata. Nec pars fructuum omnium, sed oleris et porrinæ relicta. Nec igitur servitus ususfructus constituta, cum is proventus omnes et quicquid ex re nascitur contineat.

CAP. VI.

De usufructu a judice constituto. Quis recte constituat judex: Quarum rerum; et Quomodo. Tum de ususfructus usucapione.

Constitutio ususfructus a Judice facta quæ. De ea triplex quæstio. I.
Constituit usumfructum Judex in judiciis divisoriis dumtaxat: et quare. II.
Nec tamen omnium rerum, nec semper: quæ propositæ distinctionis, et exceptionis ratio. III.
Tota hæc constituendi ratio aut in adjudicatione consistit. Qui talis adjudicationis effectus. IV.
Adjudicatus uni ususfructus, alteri, cui adjudicata proprietas, non communicatur. Secus in simili legato; et quare. V.
Quæ commodior in judicio divisorio ratio adjudicandi uni usumfructum, alteri proprietatem. VI.
Ususfructus acquiritur etiam usucapione; et quomodo. VII.

I. Et constituitur hoc modo ususfructus a privatis. Etiam a judice constitui posse proposuimus. Idque ita fieri traditur in *L. 6. D. de usufr.* his verbis: *constituitur* adhuc *ususfructus et in judicio familiæ erciscundæ, et communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum.* Quibus verbis breviter comprehensa sunt eadem illa tria, quæ in omni constitutione ususfructus quærenda esse diximus. Quis hic recte constituat usumfructum: Quarum rerum; et quomodo.

II. Usumfrurtum hic constituit judex: non omnis, sed is solum, qui judex est in judiciis illis divisoriis duobus, familiæ erciscundæ, et communi dividundo: quoniam ista adjudiratio proprietatis, et separati ususfructus ad divisionem rerum comparata est. Huic autem divisioni in his solum judiciis locus.

III. Sed et natura horum judiciorum nos admonet non in omnibus rebus institui posse hanc divisionem a judice. Non certe potest in iis, quæ pondere, numero, mensurave constant, quæ eædem usu ronsumuntur. Nam si rommoditas divisionis et æqualitas partium in dividendo quæritur, ut quæritur in judiciis divisoriis; constat nihil esse facilius neque commodius, quam eas res pro numero et reliqua quantitate dividere ex æquo inter socios. Quomodo et eorum obligatio jure dividitur inter plures dominos, aut heredes propter commoditatem. *L. eum Stichus*, in fin. *D. de solut.* Sed etsi de pluribus rebus dividendis agatur, placet in his judiciis judicem singulas singulis adjudicare debere, quia et hoc ad commoditatem divisionis pertinet. *§. si familiæ*, *§. eadem. inst. de off. jud.* Sic ergo superiori divisioni, et constitutioni ususfructus locus esse potest, quod quidem non consentientibus partibus fiat; cum de una re dividenda agetur: et ea commode dividi non potest, ut latifundio aliquo, aut ædibus. Dixi locum esse posse, quoniam aliud sequi potest judex, et potius juxta præscriptum *§. eadem, Inst. de off. jud.* rem totam, de qua agitur, uni adjudicare, et eum invicem alteri certa pecunia condemnare. Sed poterit, et hoc, quod nunc dicimus, ut uni proprietatem constituat, alteri usumfructum. *L. si quis putans*, *§.* pen. *D. com. divid.* In quo quid sit commodius sociis ad divisionem, judex pro officio et æquitate judicii æstimabit.

IV. Constituendi ratio in harum rerum adjudicatione ea, quam diximus. Adjudicatio hæc statim constituit usumfructum, facitque proprium ejus, cui adjudicatus est. *§. ult. Instit. de offic. jud.*

V. Illud notandum in hac adjudicatione, quod de ea traditur in *L. et puto*; *12. §. 1. D. fam. erc.* cum judex alii fundum, alii usumfructum fundi adjudicavit, non intelligi communicari usumfructum. Aliter atque cum testator alii fundum, alii fundi usumfructum legat, ut paulo ante diximus. *L. si alii, D. de usufr. leg.* Quod ideo recte placet in testatore, quia ex verborum significatione respondetur, a qua recedendum non est, nisi cum manifestum est aliud sensisse testatorem. *L. non aliter, D. de leg.* 3. At nihilominus recte contra in judiris divisione; quia hæc ipsa divisio his judiciis proposita declarat hanc mentem esse judicis, ut ab omni communione discedatur. *L. 1. D. fam. erc.* Hoc vero aliter non fit, quam si non communicetur ususfructus.

VI. Et nihil amplius de hac constitutione scriptum legimus in Pandectis, quam judicem in superioribus judiciis ita posse usumfructum constituere, ut uni proprietatem adjudicet, alteri usumfructum, *d. L. 6. de*

usufr. d. L. si quis putans, §. pen. *D. comm. divid. d. L. et puto*. §. 1. *fam. erc.* Quomodo autem, aut quam recte hæc constitutio transigatur, nusquam adjicitur. De quo nonnihil amplius cognoscendum est. Nam ut est conditio horum judiciorum, ejusmodi divisio admitti posse non videtur. In his enim judiciis sic res dividi oportet, ut unius portio non prægravet, aut si prægravet, res condemnatione mutua ad æqualitatem deducatur, quo singuli socii consequantur partem suam sine ullo incommodo. *d*. §. *si familiæ*. §. *si eadem*, *Inst. de off. jud.* At inter proprietatem quæ adjudicatur uni, et usumfructum, qui adjudicatur alteri, nulla est æqualitas. Proprietas enim perpetua est, et finito usufructu hunc ipsum ad se recipit, et habet perpetuum; ususfructus autem temporalis, et interdum sæpe exigui temporis: durat enim tantum ad summum, quandiu fructuarius vivit, ut dicetur suo loco. Potest autem ille cras mori, potest post mensem, potest post annum unum aut alterum: quidquid id est, vix est, ut excedat centum annos. Intelligendum est igitur et in hac specie adhibendas esse condemnationes, quarum mentio est in *d*. §. *si familiæ*, et §. *eadem*: quibus res ad æqualitatem redigatur. Id autem sic videtur recte fieri posse. Judex enim, cui usumfructum adjudicabit, condemnabit socio, ut ei singulis annis fructuum partem præstet, aut ejus partis, si ille volet, æstimationem. Contra ei, cui adjudicabit proprietatem, æstimabit fundum totum una cum usufructu, et in partem ejus æstimationis condemnabit eum fructuario, non ut illi eam partem statim præstet: sed singulis annis tantum, quantum ipse perceperit ex fructibus, qui a fructuario præstabuntur; aut si videtur, invicem summas compensabunt. Finito autem usufructu damnabitur, quod reliquum erit summæ principalis adhuc debitæ, solvere vel fructuario, vel heredi ejus. Hac ratione fit, ut ambo consequantur partem ususfructus, et ambo partem integram proprietatis. Sed hic occurritur. Quid enim opus est hac circuitione, cum possit judex, semel et statim rem transigere uni fundum in solidum adjudicando, et eum vicissim in partem æstimationis fundi alteri condemnando? Et vero ita fieri debere cavetur in *d*. §. *eadem*, *Inst. de off. jud.* Sed sciendum est utilem divisionem esse hanc, quam diximus, inter eos socios, qui sunt profusiores, aut parum providi rerum administratores; nec est, unde vivant, nisi ex reditibus. Usus hic erit, ut ne pecuniam aut rem acceptam statim consumant, sed habeant in singulos annos, unde vitam tolerent.

VII. Hactenus ususfructus constitutus, quem partim lege et jure ipso constitui diximus, partim alieno facto atque opera. Etiam usu, ut est propositum, et possessione nostra non aliunde, nobis acquiritur. Ut res corporales; sic ususfructus, et reliquæ servitutes usucapi possunt. *L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. temp.* In quo quæ corporales res usucapiendi ratio est: eadem est et usumfructum usucapiendi. Si quis igitur, qui rei dominus non erat, ejus rei usumfructum nobis legaverit, vendiderit, donaverit; nos eam rem ex aliqua harum caussarum aut simili fruendi caussa traditam bona fide acceperimus, dum putamus eum, a quo ususfructus constitutus est, dominum esse, aut jus constituendi habere: usu fit noster ususfructus, si rem continenter possedimus, tenuimus, mobilem quidem triennio; immobilem autem decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. *d. L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. temp.* Nam et sic res corporales a non domino traditæ nobis usucapiuntur. *Instit. de usuc.* in princip.

CAP. VII.

Constituti usus fructus conditionem ita esse, ut commodis constet, et suis oneribus. Commoda fructuario summa tria hæc esse: Naturalem possessionem rei fructuariæ; Adminicula ususfructus; Ipsum jus utendi fruendi. Quæ hic possessio propria fructuarii. Quænam ista adminicula ususfructus. In jure utendi fruendi, quæ res huic juri subjiciantur: Tum quis sit is usus et fructus, qui fructuario concedatur.

Jus fructuarii sua habet commoda, et onera. Utraque quid sint, obiter. I.

Fructuarii commoda tria, et quæ. Unum ex illis primarium, *et quale;* secundaria *alia duo, et quid ita* II.

Si eadem jura plene omnia fructuarii, usu alteri dato, fructuario ex parte detrahantur: quomodo partes utriusque temperandæ. III.

Jus fructuarii minus præcipuum, naturalis possessio, et detentio in omni re fructuaria, quandiu durat ususfructus. IV.

Sed et ex jure fructuarii secundario *sunt ususfructus adminicula: et quare. Quid illa; et unde appellata.* V.

Tria ista, et quæ necessario præstanda fructuario, et vel invito testatore, et quatenus singula. VI.

Jus, et commodum fructuarii proprium et summum quid. Quæ ex hujus definitione rerum partitio, deinde ordinis ratio atque usus. VII.

Singularum rerum legato usufructu, quæcunque legatæ rei partes, quæ sub ejus appellatione continentur, sive initio adfuerint, seu postea accesserint, veniunt in usumfructum. VIII.

Sed et res, quæ vel fructuariæ rei causa paratæ, vel destinatione patris familias in usum rei traductæ, aut natura veluti fundo addictæ, etsi rei partes non sunt; hæ tamen usufructu continentur: triplicis illarum generis exempla. IX.

Fructuarii usus in eo positus, ut secundum modum et conditionem cujusque rei utatur. Exempla. X.

I. Constituto, quæsitoque usufructu, sequitur, videamus de jure fructuarii; quodnam id sit, et quomodo conservetur. Quod secundum esse dixi in hoc genere servitutum, ut et in omni alio jure, de qua cognosceremus. Constat hoc jus fructuario, ut alia pleraque quæ in alieno habentur, commodis et oneribus. Commoda voco, ea quæ fructuarius habet in re fructuaria. Onera, ea, quæ in re fructuaria, aut propter rem fructuariam præstare cogitur.

II. Commoda ac veluti jura fructuarii in re fructuaria hæc sunt: possessio naturalis rei; adminicula ususfructus; utendi fruendique jus, id est, usus, et fructuum perceptio. Ex quibus jus utendi fruendi summum, et principale fructuarii jus est: utpote in quo solo ususfructus consistat, unde et nomen habet. Superiora illa magis per consequentiam accedunt: dum ideo tribuuntur, quia sine his fructuarius uti frui, ut vult, non potest. Prius est enim ut quis rem teneat, quam ut ea uti possit. Proximum, ut si quid ei usui obstet, id contrariis rebus fructuario amoveatur. Illic possessio est rei: hic adminicula ususfructus.

III. Omnia tamen pariter ususfructus, et fructuarii; et quidem plene omnia. Quod tamen sic accipiendum erit, nisi quid detraxerit voluntas testatoris. Quod fit, cum alii usus, alii fructus ejusdem rei legatur. Quo casu apparet, quantum usuario datum est, tantum ademptum fructuario. Ideo recte placuit in hac specie id percepturum fructuarium, quod usuario supererit. Ut tamen et ipse fruendi caussa etiam (1) usum habeat.

(1) Nemo enim frui potest qui non utatur. Nam ut iter in actu *L.* 4. *si serv. vindic.* ita usus in fructu, Vult. *in pr. I. h. t. n.* 13. Nec obst. *L.* 5. §. 2. *usufr. quem cav.* Nec enim ibi dicitur fructum, sine usu esse posse, sed obligisse, id est fructum simpliciter, non usumfructum legatum esse Charond. 1. *Verisim.* 21. vid. et hac de re Cujac. 14. *Obs.* 23. Gilb *Reg.* 1. *Enunt.* 11. P. Fab. *ad L.* 12. *de R. I. initio* Pac. 3. *Q.* 49. Bron. 1. *Ass.* 88. Castillo *de usufr. C.* 28. *n.* 14. *et seq.* novissime Marc. Lyclama *Lib.* 5. *Membr. eclogu* 23. Ostendens *d. L.* 5. §. 2. non probare fructum sine usu esse posse, sed contrarium. Nam ideo tum locus est stipulationi dolum abesse etc. quia dolus non abest, quando fructum sine usu heres legatario conatur obtrudere, cum sine eo nequeat, *L.* 14. §. 1. *de usu. et hab.*

L. si alii. 42. in *pr. usufr.* Quomodo autem ambo hic in usum concurrant, ut unus habeat usum, alius fructum sine usu, declaratur in *L. per Servum*, §. *ult. D. de usu et hab.* Sed et ususfructus in fundo, certæ (2) rei usu, quæ inde sumatur, definiri potest, ut hanc non excedat. Veluti, si quis mihi constituerit in suo jus certæ eximendæ, si quatenus ad fundum meum tantum opus sit, prædii servitus est: Si ut vasa fiant in meis figulinis, et, ut vasa veneant, figulinæ exerceantur, est ususfructus. *L. ergo. L. veluti, seq. D. de serv. rust. præd.* Et tamen non longius progredietur hic ususfructus, quam ut creta eximatur, quia hac re atque hoc usu a testatore definitus. Quod si nihil ejusmodi de pleno usufructu detractum erit, vere dixerimus, superiora omnia esse fructuarii in ea re, qua ususfructus datus est.

IV. In primis autem fructuarii est possessio (3) naturalis in omni re fructuaria; non solum ut initio res illi tradi debeat, quo constituatur ususfructus: sed etiam ut re tradita debeat possessio seu detentio rei apud eum manere, quamdiu ususfructus perseverabit. Id facit usus et fructus, quos ex re aliqua percipere quoties libet non possumus, nisi res sit in manu et potestate nostra, ut cum volumus uti frui, quominus id faciamus, nihil sit impedimento. Hoc autem esse in jure fructuarii, ut res ei tradatur, eumque naturaliter teneat fruendi caussa, hæc declarant. Primum cautio, quam initio præstat, qua inter cætera promittit se, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. *L. 1. in princ. D. usufr. quem cau.* Non restituit, nisi quia prius habuit constante usufructu. Sed et illud certius, quod traditur, fructuarium naturaliter videri possidere. *L. naturaliter, in princ. D. de acq. poss.* Dictum est videri, quia simpliciter vere non possidet. §. *idem placet, Institut. per quas pers. nob. acq.* Videtur tamen, quia tenet naturaliter, ut solent ii, qui vere possident. Certe tenere eum naturaliter scribit Papinianus in *L. possessio* 49. in princ. *D. de acq. poss.* Naturaliter autem valet corporaliter, quia naturaliter, id est, secundum naturam, res tenetur, possideturve, cum tenetur corpore, cum corpore ei insistitur. *L. 1. in princ. D. eod.* Sed detentio naturalis solum fructuarii est. Vere, ut dixi, non possidet. Solus enim possidet, qui affectu domini rem tenet: fructuarius autem scit se dominum non esse *d.* §. *idem placet.* Hoc eo pertinet, ut sciamus eum quantocunque tempore rem tenuerit, non usucapere, *d.* §. *idem placet.* Indeque dictum est illud in *L. neque C. de usufr.* neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usumfructum habet; neque successores ejus ex eadem caussa tenentes ulla temporis præscriptione muniri.

V. Adminicula ususfructus vocamus ea sine (4) quibus fructuarius ad rem pervenire, ut eam teneat, aut cum pervenerit, et tenebit, ea recte uti frui non potest. Hæc etiam usumfructum sequuntur: alioqui nullus sit ususfructus. *L. 1.* §. *1. D. si usufr. pet.* Sic et rebus cæteris concessis, generaliter concessio ita habetur, ut omnia simul concessa intelligantur sine quibus res exerceri non potest; quod de jurisdictione concessa traditur in *L. 2. D. de jurisd.* de reliquis servitutibus, quæ prædiorum sunt, in *L. 3.* §. *ult. D. de serv. rust. præd.*

VI. Hujus generis adminicula in usufructu; aditus ad rem fructuariam; servitutes necessariæ; in servos fructuarios modica coercitio. Usufructu ædium aut fundi legato, debetur aditus *d. L. 1.* §. *1. si usuf. pet.* Nec interest, fundus vicinus, per quem aditus est, heredis ejus sit, an alienus. Nam etsi alienus sit, nihilominus cum herede agi potest ex testamento, ut præstet. Ibidem. *L. et servum.* 44. §. *ul. D. de leg.* 1. *L. damnas.*

(2) Quod *dd. LL.* cum vix probare videantur, vix est ut probem per *L. 7. pr. L. 9. pr. et C. h. t.* ut in initio *Cap. seq.* Nam in *d. L. 5.* certe agitur de servitute reali. Et hæc sententia est: Jus cretæ eximendæ, calcis coquendæ, reale constitui nequit nisi illi, cui fundus vicinus, et si maxime possit, casibus quibus vicinum fundum habet cui hoc jus constituitur, non ultra posse, quam quatenus non domino prædii ad quemcunque usum, sed quatenus prædio illi dominanti conducit. Hoc declaratur in *L. 6. in.* veluti si figulinas haberet fundus serviens, in quibus ea vasa fierent quibus fructus ejus fundi exportarentur. Hoc casu erit servitus realis, jus figulinæ exercendæ, quatenus ad fundum dominantem opus. Sed si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, ususfructus erit (et servitus personalis) non totius fundi, sed specialiter earum figulinarum, quia non respicitur utilitas prædii ejus cui hoc jus constitutum. Atque ita hic non est certæ rei usus fructuario, sed figulinis plene utitur fruitur, non ad necessitatem tantum suam, sed et quæstum cum vasa vendere possit.

(3) Vid. *Lib.* 5. *C.* 6. *N.* 12. Add. Velti *in p.* 1. *de interd. n.* 19. Jo. del Castillo *de Usufr. C.* 6. *n.* 28. *et seqq.* qui vult fructuarium naturaliter possidere, nomine proprio, sibi et non domino.

(4) Per quæ tamen substantia rei non immutatur, sed conservatur, vid. Castillo C. 33. *n.* 14. *et seqq.*

§. 1. *D. de usuf. leg.* Et debetur aditus non quivis, sed qualem ususfructus perceptio desiderat. Itaque si itione tantum opus est in fundum, debebitur tantum iter: si curru ad onera invehenda, aut evehenda, præstabitur etiam et via, *d. L.* 1. §. 1. *si usufr. pet.* Hæc ita accedunt, ut quamvis quis usumfructum loci ita reliquerit, ne ea heres cogatur præstare, nihilominus debeantur. Inutiliter enim hoc vetat, qui legat usumfructum, cum sine his non sit ususfructus, *d. L.* 1. §. 1. *D. si usufr. pet.* Eadem res facit, ut si postea aditum adimat, nihil adimat. Quia quod ab initio detrahitur inutiliter, id multo minus postea utiliter potest adimi, *ibidem*, *et L.* 1. *D. de adim. legat.* Nec minus debebuntur servitutes reliquæ, si quæ sint ad fruendum necessariæ, ut aquarum, et luminum, *d. L.* 1. §. 1. Proinde ædium usufructu legato, si ædes non habeant lumen, aut non tantum, quantum habitantibus sufficit: cogetur heres tantum præstare, deposita ea parte, quæ alius sublata obstruebat luminibus: hactenus tamen, ut non cogatur tantum præstare, quantum fructuarius volet ad commoditatem, aut amœnitatem, sed quantum sufficiat ad usus diurni moderationem. *L. si is qui binas* 30. *D. de usuf. L. Gaurus*, in fin. *D. de serv. urb. præd.* Et si vicinæ ædes alienæ sunt, etiam heres servitutem luminum redimere debebit, *d. L.* 1. §. 1. *si usuf. pet. L. servum* 44. §. *ult. de leg.* 1. Eamdem caussam habet servi castigatio fructuario concessa. Nam servi fructuarii fructus est in operis servi. Idcirco ut hunc fructum percipiat fructuarius, debet servus operari. Quid ergo si nolit? nempe cogendus est. Quomodo vero cogetur? Non potest aliter, quam adhibita castigatione: hinc castigatio ad eam rem fructuario concessa, modica tamen, quæ rei conveniat scilicet, ut neque torqueat, neque flagellis cædat. *L. sed. sicuti.* 23. §. 1. *d. de usuf.*

VII. Quod in his commodis proprium et summum est ususfructus, et cujus caussa sunt reliqua, est jus utendi fruendi. Uti frui est usum et fructum rei fructuariæ percipepere. Utilis definitio, non quæ rem statim explicet: sed quæ nos statim admoneat, quibus rebus tanquam partibus constet hujus commodi acquisitio, de quibus deinde ordine quærendum sit: ut cum de singulis, constiterit, tum jus ipsum et commodum recto ordine et suis partibus dilucide expositum teneamus. Indicat autem constare hanc acquisitionem tribus his rebus: re fructuaria, in qua quærendus sit hic usus et fructus: re quæ quæritur, idest, hoc ipso usu et fructu: tum hujus ipsius usus ac fructus acquirendi ratione. Rebus ad hanc acquisitionem ita necesariis, ut si quid earum desit, non sit huic commodo locus. Quare sciamus ad hujus partis cognitionem totidem hæc distincte quærenda et cognoscenda esse. Quarum rerum ususfructus constitutus intelligatur: Quid sit hic usus et fructus, seu quid sit in usu, quid in fructu: Quid sit hoc percipere modus scilicet, quo hic usus et fructus acquiratur.

VIII. In rebus, si omnium bonorum ususfructus legatus est, quæstio (5) tollitur. Nulla enim res excipitur, in qua non sit ususfructus. At cum legatur ususfructus singularum rerum, ut ædium, fundi, feudi alicujus: quæri solet, primum quid contineatur appellatione earum rerum: deinde nihilne amplius veniat in usumfructum, quam quod earum rerum pars sit. Et si de rebus ipsis appellatis quæritur; placet cujuscunque rei ususfructus constitutus est, ejus omnes partes sine exceptione constitutione contineri: ut earum ususfructus ad fructuarium pertineat, sive quæ fuerint ab initio, cum ususfructus constitutus est, sive quæ postea accesserint. Ut puta, ædium usufructu legato; ususfructus constitutus intelligitur ædificiorum, arearum, horti, locorum subterraneorum, ut cellæ, et generaliter quæcunque sunt ædium partes. *L.* 7. in pr. *D. de usufr.* Ædium partes quæ sint, declaratur in *L. Julianus*, §. ult. et aliquot *LL.* seqq. *D. de act. empt.* fundi usufructu legato, omnes partes fundi hoc jure tenentur, idest, non superficies tantum, ut ager, vites, arbores, silvæ: sed et inferiores partes terræ, ex quibus fructus percipi potest, ut (6) lapidicinæ, cretæ, arenæ, et metallorum fodi-

(5) Non tamen omnimodo: vid. auctores citatos *supr. C. N.* 4. Cæterum *nihil interest bonorum quis, an rerum usumfructum legaverit. L. ult. C. de us. leg.* ut rectius Florentini codices, licet vulgati habeant: *Multum interest*, quod probat A. Fab. 1. *Conject.* 14. qui idem pro verbis *tertiæ partis* vocalam *certarum* substituit. Sed commodus Florentinæ lectionis sensus. Nec resistit versus extremus, quia is de usufructu certarum rerum; at initio dixerat de usufructu rerum simpliciter relicto, ubi per res omnia bona significantur, arg. *L.* 14. §. *ult. ad SC. Treb.*

(6) *L.* 13. §. 5. *h. t.* vid. Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 37. qui aliquot casus distinguit ubi *et n.* 10. *et seqq.* tractat de impensis factis ad venas inquirendas, an et quando earum repetitio sit.

næ, *L. item si fundi*, 9. in pr. *et* §. 2. *D. de usuf.* Neque tantum, ut dixi, id juris est in iis partibus, quæ initio constituti ususfructus fuerunt: sed etiam in iis, quæ postea ita accesserunt, ut fundi fructuarii partem facerent: ut, si quid alluvione accesserit, alluvionis quoque ususfructus ad fructuarium pertinebit. Quippe post alluvionem cœpit esse pars fundi: nunc autem totius fundi ususfructus legatus est. *d. L.* 9. §. *huic vicinus.* Alia caussa est ejus insulæ, quæ juxta fundum fructuarium nata est. Hæc, ut alluvionis incrementum, licet proprietati accedat: placet tamen ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere. *d. L.* 9. §. *huic vicinus.* Nempe quia alluvionis incrementum fundo cohærens ejusdem fundi partem facit: insulæ incrementum (7) separatum ejusdem fundi pars dici non potest: quam rationem Ulpianus fortasse sensit in *d. L.* 9. *huic vicinus.* Sed parum explicate. Eadem refectionis, quæ alluvionis ratio est. Non tantum si quid refecerit fructuarius in re fructuaria, eo utetur: sed etsi refecerit ipse dominus, patitur fructuarium uti. Utrumque enim pariter accessit rei fructuariæ, et ejusdem corporis pars esse cœpit. *L.* 7. §. *quoniam*, *D. de usufr.*

IX. Quod si quæritur, de aliis rebus, quæ rei appellatæ partes non sunt: placet etiam ex his plerasque in eundem usumfructum venire. Et generaliter omnes, quæ ad eam rem, cujus ususfructus legatus est pertineut, quarum genera tria veteribus placere animadverto. Primum, si quæ rei fructuariæ caussa paratæ sunt. Ut, fundi legato usufructu, etiam instrumenti ususfructus datus intelligitur. *d. L.* 9. §. *instrumenti*, *L. sed si quid* 15. §. *proprietatis de usufr.* quia instrumentum ad fundum pertinet, ut fundi caussa paratum. In instrumento enim fundi sunt ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi caussa parata sunt. Quæ qualia sint, declaratur in *L. in istrumento*, *D. de instrum. instr. leg.* Secundum genus est ferarum bestiarum quæ in fundo sic habentur, ut ibi tanquam domicilium et sedem habeant, stabulentur, pascantur. Nam et hæ velut fundo traditæ, quodammodo ad fundum pertinent, etsi satis constat eas fundi partes non esse. Et ideo fundi usufructu legato placet etiam apum, quæ in fundo sunt, item venationis ferarum usumfructum ad legatarium pertinere. *d. L.* 9. §. 1. §. *aucupiorum*, *D. de usufr.* Postremo et quæ extra fundum sunt, cujus ususfructus legatus est, usu quodammodo et destinatione patrisfamilias interdum ad fundum fructuarium pertinent. Quod cum fit, etiam haetenus in eumdem usumfructum vocantur. Cujusmodi est, si sit ager, unde palo in fundum, cujus usus ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice, vel arundine. Non est quidem is ager pars fundi fructuarii, nec in fundo fructuario aut habetur, aut haberi potest. Constat tamen eum habere aliquid, quod voluntate domini ad fundum fructuarium pertineat: id scilicet, quod inde ad fundum fructuarium sumere solebat dominus. Ideo placet et fructuarium ita uti posse: sed hactenus; ne ex eo vendat. *d. L.* 9. §. *instrumenti*, *D. de usufr.* Recte, ne vendat. Non enim ista pertinent ad fundum fructuarium, si alibi, quam fundi caussa his fructuarius utitur. Non utitur autem in fundo, qui vendit.

X. Jam videamus, quis is usus et fructus, quem in his rebus quærimus. Uti est rem tractare et exercere ad aliquem usum et commoditatem nostram, tantumque inde sumere non quantum libeat, aut capi possit etiam ad compendium, sed quanto est opus: idque facere secundum conditionem rei, idest, ad eum usum, ad quem res parata est. Prior pars hujus definitionis, quia usus nudi propria est, in usu amplius exponetur. Illa, quæ usui cum fructu communis est, nunc a me attingetur. Est igitur, ita, ut hic solus usus sit fructuarii, cum quis secundum conditionem cujusque rei ea re utitur. Exempli caussa, ædibus utimur ad inhabitandum: fundis ad fructum capiendum; jumentis et servis ad operas; navi ad navigandum; vestimentis ad induendum. Ad hæc omnia recte utetur fructuarius re fructuaria; secus non licet. Quinimo et in his ipsis hic modus est, ut in his quoque utatur secundum rei cujusque

(7) Eadem ratio est Connani 4. *Comm.* 1. *n.* 3. quam et approbat Castillo *d. C.* 37. *n.* 23. Aliud igitur erit, quod hi volunt, si insula sit pars rei, ut si alicujus territorii ususfructus constitutus et in eo insula enascatur. Obiic. locus Pauli 3. *Sent.* 6. §. 24. Resp. Goth. *in not. d. L.* 9. §. 4. Pauli sententiam abrogatam esse vult. Rittersh. *partit. feud. L.b.* 2. *C.* 2. *Q.* 3. Ulpianum loqui *d.* §. 4. de durante usufructu, Paulum de finito. Quod non ita esse quilibet deprehendet et quis eo finito, locus quæstioni. Torquet et hic se frustra Hortens. ad *L.* 2. *de Usufruct. accr.* Nulla pugna manebit, si, ut et *Sich. editio* habet, pro *quia* in *d.* §. 24. legas *qui.* Sensus: Quibus proprietatem non auget alluvio, iisdem nec usumfructum.

conditionem, extra quam qui utitur, abutitur, non utitur. Usus autem datus est, non abusus. Definitio posita ab Ulpiano in servis in *L. sed si quid*, 15. §. 1. *D. de usufr.* quæ ad alias res omnes, quarum ususfructus legatus erit, transferenda est. Exempla hæc sunt. Ædium usufructu legato, fructuarius cœnaculis ut cœnaculis utetur, stabulo ut stabulo; pistrino ut pistrino. Ex cœnaculis non faciet meritoria, non pistrinum ex stabulo non ex pistrino stabulum. Atque ita de reliquis partibus domus ex usu cujusque indicandum est. Quod explicatur pluribus in *L. si cujus*, 13. §. *ult. de usufruct.* Similiter et servorum usufructu constituto, servis secundum ministeria et artificia cujusque utetur: ministeria non mutabit. De symphoniaco, inquit Ulpianus, non faciet atriensem, urbanum non mittet rus, ut ibi opus faciat. Et si vestimentorum, usus legatus sit, utetur ipse, non aliis locabit; quoniam non in hoc vestimenta habentur. *d. L. sed si quid*, 15. §. 1. *et* §. *et si vestimentum, eod.*

C A P. VIII.

Fructuum genera duo, Naturales et Civiles. Quinam utrique, et quid in his pertineat, aut non pertineat ad fructuarium. Inter cætera in his, quæ ex re nascantur, de Partu ancillæ; de Arboribus grandibus; da Silva cædua, et non cædua; de Venatione. In fructibus autem civilibus, quatenus rem fructuariam alii fruendam vendere, locare, gratis concedere, pignori dare liceat.

Fructus unde nomen suum derivet; quæ illi subjecta vis et potestas; et qualis habenda percept onis ratio. I.

Hæc autem ex divisione fructuum planius intelligenda. II.

Fructus omnes aut naturales, *aut civiles. Quid sint utrique.* III.

Naturales *aut ex re nati; aut pars rei: ad usum aliquem natura facti omnes ad fructuarium pertinent, si pro usu et conditione rei percipiantur. Exempla.* IV.

Extra rei usum et conditionem sunt, adeoque nec in fructu quatuor genera rerum. V.

1. *Partus Ancillæ.* VI.

2. *Arbores grandes.* VII.

3. *Silva non cædua aut natura, aut instituto veteris domini.* VIII.

Nisi fructuarius materiam succidat ad Villæ refectionem, et vineæ fulcimentum. IX.

De Silva cædua. Exponitur L. ex Silva cædua 10. D. de usufr. X. XI.

Arbores grandes demortuæ, sunt in fructu; secus vi tempestatis, seu alia externa vi divulsæ et excisæ. Quæ earum differentiæ ratio; et qui fructuarii usus in istis. XII.

4. *Venatio. Secus quando fundi fructus ex venatione constat exceptionis ratio.* XIII.

Num prædium in venatione consistat si sit ambiguum : quomodo res expedienda. XIV.

Civiles *fructus etiam spectant ad fructuarium, tria istorum genera.* XV.

1. *Servorum operæ, et horum acquisitiones. Hæ cujusmodi.* XVI.

2. *Commoda usus, traditionisve rei fructuariæ in alium collatæ: quatuor ista et quatenus in fructu singula.* XVII.

Quid in ista rei fructuariæ traditione fructuarius in alium transferat; et qua rursus conditione. XVIII.

An vestimenta locare fructuario liceat. Quid si vestem, aulæum, scenicum apparatum. Quem in usum ista locare debeat. XIX.

3. *Actio damni infecti; et quod ex illa est ruinosarum ædium dominium; quo nomine; et quare.* XX.

Contrariis occurritur. XXI.

I. Fructus auctore Varrone *Lib.* 4. *de Lingua Lat.* a ferendo dictus est, ut sit omne, quod res ferat. Et ita nostris accipitur: quibus fructus est, quidquid ex re percipi potest: et cum explicatius loqui volunt, omnis reditus, omnis obventio, omne denique (1) commodum, quod vel ex re nascitur, vel per caussam rei percipitur. Unde placet omne id ad fructuarium pertinere *L.* 7. in princ. *L. item si fundi*, 9. in princ. *L. arbores*, 59. §. 1. *D. de usufr*, Si tamen hic addiderimus, quod supra in usu, ut sit fructus, quod ex re percipi potest, dum percipitur secundum conditionem cujusque

(1) Quæ commoditates fructuario obveniant, utrum omnes, an quæ in fructu consistant etc. fuse tractat Jo. del Castil. *de Usufr. C.* 36.

rei, id est, ad eum usum, ad quem res parata est natura, aut patrisfamilias instituto.

II. Sed hoc totum dictum generaliter, incertius est. Quale autem sit, id est, quam late pateat, et quid contineat, divisio fructuum declarabit. Qua si in fructibus bonæ fidei possessori acquirendis supra usi non sumus: eo factum est, quod non omnes fructus, quanvis percepti, ejus fiunt, sed naturales tantum: neque rursum hi omnes, sed tantum ex his illi, qui opera et cultura vel ejus, vel alterius proveniunt. Quod in fructuario longe secus est; ad quem, ut dixi, omnis generis fructus, omne commodum rei pertinet. Sed et percipiendi fructus, eosque acquirendi ratio, in utroque longe dissimilis. Ut proinde necesse habeamus de utraque parte in usufructu hoc loco separatim dicere.

III. Ergo ut dicam de fructibus, quod huc pertinet, fructus omnino genere duplex est: naturalis, et civilis. Naturalis, qui natura provenit, ut segetes, poma, animalium fœtus. Civilis, qui jure percipitur, ut rerum locatarum mercedes. Sic enim hæc genera distinxit Papinianus in *L. si navis*, in princ. *D. de rei vind.* non ut naturales fructus aut civiles nominaret: sed ut superioribus definitionibus uteretur, ex quibus et res ipsa, et nomina rei convenientia facile colligi potuerunt.

IV. Naturalis fructus item duplex. Quod res gignit, et educit ex sese: tum quod immotum in se continet, natura ita factum, ut ex eo aliquis usus percipiatur: ut sunt fodinæ, lapidicinæ, de quibus supra dixi. Utriusque generis fructus ad fructuarium pertinet. *d. L. item si fundi* 9. in pr. et §. 2. *de usufr.* In primis vero quod ex re nascitur. Ut in agris segetes, poma. *L. qui scit*, in pr. §. 1. *L. fructus. D. de usufr.* in pecudibus lac, pilus, lana, fœtus. *L. in pecudum, D. eod.* item apum favi. *d. L.* 9. §. 1. *de usufr.* Sed in omnibus hic hoc temperamentum est, quod dixi, ut sint omnia fructuarii, dum percipiantur secundum conditionem rei, id est, ad quem usum res quæque habetur. Extra hanc conditionem atque usum nihil est in fructu. Semper enim in usufructu usus inest *L. per servum* §. 1. *D. de usu et hab.* Jam autem dixi eum, qui non secundum conditionem rei re utitur, non uti, sed abuti. *d. L. sed si quid.* 15. §. *de usufr.* Quare ne is quidem extra conditionem rei utendo frui intelligitur.

V. Atque hinc in iis, quæ ex re fructuaria nascantur, placet hæc non esse in fructu, partum ancillæ: arbores grandes; silvam non cæduam; et interdum venationem.

VI. Partus ancillæ non minus nascitur ex ancilla, quam pecudum fœtus ex pecudibus. Placuit tamen in fructu non esse, nec fieri fructuarii. *L. vetus.* 68. *D. de usuf. L. in pecudum, D. de usufr.* Scilicet quia ancillæ non ejus rei caussa habentur, ut pariant, id est, non est hæc earum conditio, ut ad eam rem his utamur. Ratio Ulpiani in *L. ancillarum, D. de her. pet.* Redditur alia a Cajo in *d. L. in pecudum*, sed prior illa huic loco magis convenit.

VII. Arbores grandes nascuntur item in fundo. Fundi tamen usufructu legato, placet non esse in fructu, ut liceat fructuario (2) eas cædere, ac perceptione ejus fiant. *L. sed si grandes.* 11. *L. si cujus* 13. §. *fructuarius. D. de usufr.* Nempe quia est contra conditionem arborum, Non enim educantur arbores, ut succidantur; sed contra ut durent et perstent, frugiferæ quidem ad fructum ferendum; infrugiferæ autem ad umbram, aut ornatum, aut materiam præstandam.

VIII. Ex hac regula et de silva, quæ est in fundo, judicandum est. Fundi aut latifundii alicujus usufructu legato interdum silva in fructu est, ut fructuario eam cædere liceat; interdum non est. Si est (3) cædua, idest ea, quæ excisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascatur. *L. silva, D. de verb. sign.* et præterea ejusmodi, quam dominus cædere solebat: est in fructu; ut possit fructuarius cædere sicut paterfamilias cædebat. *L.* 9. §. *ult. D. de usufruct.* Quippe eodem modo cum cædat fructuarius, faciet secundum conditionem et usum, ad quem silva parata est. Additur in *d. L.* 9. §. *ult.* quod explicatione indiget. Poterit et fructuarius vendere, quod ceciderit. Licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti. Ad modum enim inquit, Ulpianus, hoc referendum est, non ad qualitatem utendi. Ad modum idest, ad mensuram et quantitatem utendi. Ut scilicet possit fructua-

(2) Vid. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 3. *Gl. un. n.* 24. *et seqq.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. n.* 59. Renat. Chopin. *Lib.* 2. *de Priv. rust. P.* 1. *C.* 10. Castillo *d. Tr. C.* 25. *n.* 1. *usque ad n.* 26. ubi *n.* 1. ex hac caussa usumfructum amitti, et *n.* 5. extendit ut obtineat in usufructu patris in bonis adventitiis.

(3) Ubi duæ definitiones Trebatii et Sulpitii, quas conjungendas, ut ex utraque una plena ac perfecta constituatur, vult Gæd. *ibid. n.* 3.

rius (4) tantum cædere in silva, quantum paterfamilias cædebat: non autem ut cum ceciderit, eodem modo cogatur uti. Si silva non est cædua natura sua, aut cum esset, non sic tamen a domino (5) habebatur, ut esset cædua, sed ut excresceret in arbores grandiores; non erit in fructu; nec licebit fructuario eam succidere, quia est præter usum et conditionem silvæ. *d. L.* 9. §. *ult. D. de usuf.*

IX. Hic tamen et in arboribus grandibus et in silva quædam excipiuntur, quæ ad usum et necessitatem tribuuntur fructuario. Nam primum ex silva quanvis non cædua placet eum materiam succidere posse, quantum satis sit ad villæ, quæ in eodem fundo sit, refectionem. *L. arboribus* 12. in princ. *D. de usufr.* materiam, idest, arbores grandiores ad ædificandum aut fulciendum idoneas. *L. ligni*, in princ. *D. de leg.* 3. Hoc recte: quia hactenus hunc usum patitur, atque adeo exigit rei conditio. Nam et dominus videtur idem facturus fuisse: et absurdum est fundum hæc commoda ferre aliis, sibi ipsi non ferre. Qua ratione etiam ex silva non cædua sumat fructuarius in vineam, quæ sit in eo fundo, quod satis sit ad eam fulciendam: nam et hoc ad utilitatem fundi fructuarii similiter pertinet: et conditio fundi similiter exigit. *L. ex silva;* 10. *D. de usufruct.*

X. Quod si silva erit cædua; scriptum est in *d. L. ex silva;* Usufructuarium hoc amplius pedamenta et ramos inde sumpturum. Ubi cum non adjicitur, quam ad rem possit sumere, et præterea distinguatur hujus silvæ conditio a conditione ejus, quæ non est cædua: intelligere debemus posse fructuarium hæc sumere ex silva cædua, non tantum ad usum ejusdem fundi, sed ad omnem usum et necessitatem suam.

XI. Sed cur dictum est fructuarium ex silva cædua posse cædere pedamenta et ramos, cum dici debuerit posse eum in totum silvam cædere, et vendere, si velit? nam hoc jus est in silva cædua, cujus usufructus legatus est; idque ita paulo ante scriptum erat in *L.* 9. in fin. *D. de usufr.* Et hoc quid sit, ex priore illo loco intelligitur. Sic enim illic fructuario silvæ cæduæ tribuitur ususfructus, si modo et paterfamilias ita silvam habebat, ut eam cæderet. Unde intelligitur si eam non cædebat, ne fructuarium quidem id facturum contra conditionem, ad quam res parata est patrisfamilias destinatione. Postea subjicitur *in fragmento sequenti*, etsi hæc distinctio est in silva cædua, cum de pleno usufructu ejus agitur: tamen si quæritur de usu tantum, illud generaliter de ea dici posse, fructuarium ex silva cædua pedamenta saltem et ramos sumpturum: ut sit sensus semper sumpturum et sine distinctione, idest, sive paterfamilias eam cædebat sive non cædebat. Quod, cum de ea, in totum cædenda, et vendenda agitur, secus est. Sed cur ex cædua tantum sumet fructuarius, etiam si patrifamilias non erat cædua, ex non cædua autem non tantum: Quia conditioni silvæ natura non cæduæ repugnat, quominus ex ea quidquam cædatur, nisi ad villæ et vineæ, idest, fundi ipsius necessitatem: At cum silva natura sua cædua est, et tantum destinatione patrisfamilias ita habetur, ut exsrescat in justas arbores, non obstat huic instituto, et justo incremento arborum pedamenta et ramos ex silva sumere: quia his sumptis, nihilominus arbores excrescent in suam magnitudinem. Quod si tantum vellet sumere fructuarius, ut ipsum corpus arborum tolleretur, non est ei concedendum. Additur enim in *extremo d. L. ex silva,* quod ad omnia præcedentia referri debet, ex silva sumpturum

(4) Sic et Cujac. *ad L.* 30. *et seq. de V. S.* contra Accursium, videndum quantum paterfamiliss cædere solebat, non quomodo cæso utebatur: aliter Jo. Superior *ad L.* 4. §. 1. *servit. n.* 3.

(5) Cujac. ita *d. loc.* Si nominatim silvæ cæduæ ususfructus relictus, eam quoquo modo cædere et compendium inde facere licet *l.* 22. *de Usu et hab.* ac est in fructu, etsi intempestive cæsa sit. *l.* 48. §. 1. *h. t.* id est ante quinquennium. Cædere enim solebant quinto quoque anno, per *L. ult. Cod. de serv.* Sed Gœd. *ad d. L.* 30. *n.* 4. immature cædi silvas non debere, cum inde periculum sit, ut aut facile arbores cæsæ demoriantur, aut non facile renascantur. Quod vero habetur in *d. L.* 48. §. 1. ita esse quod commodum perceptionis, cum materia cæsa non minus sit silvæ fructus, quam fœnum prati. Quoad modum vero, finem et usum differentiam magnam esse inter silvam, oleam, et fœnum, quod immature prata tondere, olivas legere etiam boni patresfamilias soleant. Si autem incidua silvæ, id est pascuæ ususfructus relictus, vult Cujac. *d. loc.* fieri compendium posse ex pactione, immittendo pecus suum vel alienum, accepta certa pecunia. Cædere autem non licere nisi usus gratia, vel demortuas arbores. Sed si ususfructus fundi, in quo est silva cædua, constitutus, ea uti non posse quæstus sui caussa, sed ad eum modum quo dominus usus *d. L.* 9. §. *ult.* vid. idem 24. *Obs.* 5. Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 25. *n.* 26. usque *ad finem*, et an hic plus patri liceat in usufructu adventitiorum *C.* 26 quod negat Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. mat. n.* 60.

fructuarium superiora, dum ne fundum deteriorem faciat.

XII. Hæc dicta sunt in silva et arboribus, quamdiu stant arbores integræ. Diversum est, si arbores aut demortuæ sint, aut vi ventorum evulsæ, dejectæve. Demortuæ ad fructuarium pertinent, ut eas succidere possit, et his ut. vel ad ædificandum, vel ad comburendum, prout volet: tantum in demortuarum locum alias substituere debet. *L. agri*, 18. *D. de usufr.* De quo onere postea. Ita demortuas dicimus esse in fructu, quæ viventes non erant. Merito: demortuæ enim jam ad nullam rem utiles sunt, quam ut excidantur, ne fundum onerent. Ipse autem fundus et natura rei cum bis alimentum et vitam subduxerit, non aliud dici potest, quam fundum demortuas arbores ex se extruxisse, ac velut peperisse: ut non minus sint in fructu, quam in animalibus pilus et excrementa, quæque ab his egeruntur, si quod sit in his commodum. Alia caussa est arborum non demortuarum, quæ vi tempestatis dejectæ sunt. Placet has ad proprietarium pertinere: sic tamen ut earum usus relinquatur fructuario, id est, tantum, ut ex his ferre possit usque ad usum suum et villæ. *d. L. arboribus.* 12. in princ. *D. de usufr.* Cur hoc in his potius, quam in arboribus demortuis: cum avulsæ non alium usum jam babeant, quam demortuæ? Hæc Ulpiani ratio est ibidem. quia *alioquin*, inquit, *etsi totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius*, quod ille absurdum putat. Significat autem, cum hic casus aliunde contigerit, quam a fundo, iniquum esse, ut proprietario auferat in totum, quod prius ejus fuerat. Prius autem arbores ejus erant, quia erant pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Sed ostendit iniquitatem magis tum perspici posse, si omnes arbores agri eodem casu eversæ fuerint. Sic enim futurum erit, ut calamitas incidens omnes arbores proprietario auferat, et tribuat fructuario, cujus prius non erat. Quod est iniquissimum. Et tamen ne in arboribus jam ad nullam aliam rem utilibus, quam ad utendum, auferatur fructuario omne commodum, quod ex his percipi potest: recte placet sic commodum earum inter proprietarium et fructuarium dividi, ut saltem quod est minimum in usufructu, fructuario relinquatur, id est usus; quo scilicet utatur ad necessitatem, idque secundum rei conditionem, id est, ut ibidem Ulpianus refert Labeonem dicere, *ne materia pro ligno utatur*, si habeat, unde utatur ligno. In arbore materiam dicimus id totum, quod est aptum ad ædificandum aut fulciendum ædificium. Lignum, quod ad nullam aliam rem valet, quam ad comburendum. *d. L. ligni, D. de leg.* 3. Hoc ergo dicitur, si fructuarius indiget materia ad ædificandum aliquid vel in villa fructuaria, vel in suo, hactenus materiam eum sumpturum ex ex illis arboribus. Si non indiget ad ædificandum, nihil sumpturum nisi lignum, id est, eas partes, quæ sunt utiles tantum ad comburendum. Si tamen aliunde lignum habeat, quo utatur. Quo casu significat fructuarium etiam materia pro ligno usurum. Hæc in *d. L. arboribus*, 12. *de usufr.*

XIII. De venatione fundi ex eadem regula judicandum est. Diximus supra fundi usufructu legato, etiam in feris bestiis, quæ illic sunt, usumfructum constitutum videri, id est, datum fructuario, ut his feris frui possit non secus, quam si ususfructus pecorum relictus esset. Non fruetur, nisi capiat. Non capiet, nisi venando. Hoc ergo quæritur, an hæc venatio et captura, sint in fructu, ut quod captum erit, sit fructuarii. Et traditur in *L. venationem, D. de usufr.* venationem non esse fructus fundi, id est, non esse ex fructu, aut in fructu fundi; sed cum hac exceptione, nisi (6) fructus fundi ex venatione constaret. Nec alia sententia existimari debet *L.* 9. §. *aucupiorum, D. de usufr.* cum ita traditur simpliciter, venationum reditum ad fructuarium pertinere. Non dicitur venationem ad fructuarium pertinere, seb venationum reditum. Prius ergo exigitur, ut sit aliquis reditus in venatione: tum placet hunc reditum pertinere ad fructuarium. Hoc autem nihil aliud est, quam venationem ita in fructu esse, quo

(6) Vid. Coras. 5. *Misc.* 8. Modest. Pist. *P.* 1. Q. 15. sic: Feras suas facere fructuarium, *d. L.* 62. jure gentium id est non jure suæ servitutis, sed quo quivis alius acquisivisset, quando in fundo venatio omnibus libera: jure civili, quando domino, a quo caussam ususfructus habet, peculiare jus est venationis, ut ab ejus usu alios arcere possit. Idcirco venationem non esse in fructu *d. L.* 26. respectu habito ad jus gentium antiquum. Sic enim fructuarius venator non jure servitutis, sed jure omnibus communi. Esse in fructu *d. L.* 9. §. 5. *d. L.* 62. quando dominus jus habet venandi. Atque hinc esse, quod dicitur in *L.* 12. §. 12. *de instr. leg.* si in agro venationes sint. Addit quosdam verba *d. L.* 26. *nisi fructus* etc. sic accipere, nisi quæstus fundi in venatione consistat *L.* 22. *de instr. leg.* ut in aridis locis. Atqui, ait, in silvis major proventus ex lignis, in nemoribus ex pascuis: ita Pistorius.

deinde pertineat ad fructuarium, si fructus et reditus fundi constet venatione, quod plane idem est cum priore illa definitione. Cur non ergo simpliciter dicimus venationem esse in fructu, sed exigimus, ut fructus fundi venatione constet? Quia nisi fructus fundi constabit venatione repugnat conditio rei, quominus secundum eam conditionem venationem in re exerceamus. Tunc enim dicitur fructus fundi ex venatione constare, cum feræ bestiæ a domino ita habebantur, ut ipse venari soleret, et capere feras, quibus uteretur, multoque magis, si venderet. Quod si feras habuit, ut asservaret, aut ut voluntatis tantum caussa exerceret, ut plerumque nobiles solent: apparet illum rem aut feras non habuisse ad eum fructum. Unde fit, ut priore casu secundum conditionem rei et destinationem patrisfamilias venatio exerceatur, ac proinde sic in fructu: posteriore casu exerceatur contra conditionem atque usum, ad quem res parata est: proinde juxta regulam supra scriptam non sit in fructu, quia adversus eam conditionem non sit usus, sed abusus, res usui et fructui contraria. Defenditur hæc definitio exemplo silvæ cæduæ; quam dicimus esse in fructu, si et dominus eam cædere solebat. Contra esse, si non ita habebatur, ut cæderetur. *d. L.* 9, §. *ult. D. de usufr.*

XIV. Quid, si non constet de voluntate et usu patrisfamilias, voluerit ne fructum in venatione esse, an contra? In re dubia utemur distinctione Tryphonini ex *L. ususfructuarium.* 62. *D. de usufr.* ut si libere vagentur feræ bestiæ, puta in saltibus vel montibus possessionis fructuariæ, liceat fructuario venari, et capere, ut quod inde ceperit, fiat ejus, non proprietarii. Sin feræ inclusæ sint vivariis, ut facile capi possint, cum libet, si quidem a domino ipso, ejus maneant, nec contra quam voluit, sint expositæ venationi; sin a fructuario, aut si etiam ipsæ feræ inciderint in ea vivaria, delapsæve fuerint, hæ fructuarii juris fiant: priores, quia cum ejus ab initio fuerint, inclusæ quoque ejus manent: posteriores, quia ab illo illis locis velut captæ et occupatæ ejus fiunt juxta regulam jurisgentium, quod ante nullius est, occupanti concedi. *L.* 3. *D. de acquir. rer. dom.* Quid ergo, si sint aliquæ feræ inclusæ a domino, aliæ includantur a fructuario, aut aliquæ sese in ea loca conclusa demittant, ut jam difficilis sit discretio? quid hic fiet, ut fructuarius suas illas teneat? Et adjitor in *d. L.* 62. *de usufr.* quod huc pertinet, significaturque in hac incertitudine potestatem fieri fructuario promiscue omnes feras capiendi, et sibi sumendi; tantum sufficere, ut per singula quæque genera ferarum finito usufructu domino proprietatis assignet eumdem numerum, qui fuit cœpti ususfructus tempore. Sic enim fiet, ut utrique pariter consulatur: et aliter res explicari non potest. Atque hi sunt naturales fructus. Quos cum dicimus esse fructuarii, hoc tenendum est fructuarii, esse omnes, etiam si his non indigeat; ad compendium, non ad necessitatem, quo nota distinguitur ususfructus ab usu in *L. plenum.* §. 1. *D. de usu et hab.* Et hoc est, utetur ipse si volet. Idem si velit, potest vendere. *L.* 9. §. *ultim. D. de usufr.*

XV. Civiles fructus et ipsi non minus ad fructuarium pertinent. Ut intelligamus verbo fructus non illa tantum tribui fructuario, quæ ex corpore rei nascuntur, sumunturve: sed etiam omnia commoda quanvis extrinsecus obtingentia, quæ quovis modo per occasionem rei fructuariæ percipiuntur, quos nunc civiles fructus docendi caussa appellamus. Horum fructuum tria genera sunt: operæ servorum, eorumque inde acquisitiones: pretium seu commodum usus traditionisve rei fructuariæ in alium collatæ: tum quod fructuarius rei fructuariæ nomine agens potestate actionis ab adversario consequitur.

XVI. Servi usufructu legato, operæ servi sunt in fructu. *L.* 4. *D. de op. serv.* idest, quidquid efficit servus, aut acquirit aliunde operis suis: quæ ideo fructuario acquiruntur. §. *de his. Inst. per quas person. nob. acq.* Multo magis si ad factum servi res fructuarii accesserit. Et vero de hac parte hæc juris definitio est. Quidquid servus fructuarius ex re fructuarii, vel operis suis acquirit, id fructuario adjici. *d.* §. *de his.* Non mirum igitur, si in hac caussa haberi placet, quanvis positum extra operas servi, si quid donetur servo contemplatione fructuarii. *L. sed etsi*, 22. *D.. de usufr.* Est enim hoc velut quæsitum ex re fructuarii. arg. in *L.* 5. in princ. *D. de jur. dot.* ad quod etiam habendum servi acceptio, quasi quædam ejus opera, intervenerit. Atque hic fructus est, quem ex corpore servi non nasci apparet: proinde non naturalis, sed civilis. Huc referri debent ea, quæ diximus de iis, quæ nobis acquiruntur per eos servos, in quibus usumfructum habemus *Libri superioribus Cap.* 6. Locus hic explica-

tur copiose in *L. si servi*, 21. *et LL.* 5. seqq. *D. de usufr.*

XVII. Commoda usus traditionisve rei fructuariæ in alium collatæ sunt hæc quatuor: rem fruendam alii vendere; fruendam locare; gratis concedere; pignori dare. Hæc quidem omnia fructuario concessa. De tribus prioribus diserte cautum in *L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *D. de usufr.* de pignori datione satis intelligitur ex regula juris, qua traditur, fructum rei esse vel pignori dare licere. *L. fructus*, *D. de reg. jur. L. ult. D. de usufr.* Si fructus, etiam frurtuarii erit. Omnis enim fructus fructuarii. Cur ergo aut hoc, aut superiora concessa fructuario? nempe quia sunt in fructu, ut ex proxima regula de pignori datione intelligetur. In fructu autem hæc non propter se, sed propter commodum et fructum qui ex his percipitur, ac nisi his præcedentibus percipi non potest. Venditionis fructus, pretium, quo qui fruitur, dicitur ob eam caussam non minus usumfructum habere, et retinere, quam si ipse re principali uteretur frueretur. *L. non utitur*, 38. *L. quia*, *seq. D. de usufr. d. L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*. *eod.* Locationis fructus pensio et merces. Unde pensiones et mercedes loco fructuum in *L. mercedes*, *D. de hered. pet.* et jure civili fructus, quia hoc jure pro fructu habentur. Gratuitæ concessionis fructus, beneficii debitorem acquirere. *L. si pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* obligatione nimirum naturali ad remunerandum constituta. *L. sed etsi lege*, §. *consuluit*, *D. de her. pet.* Pignori dationis fructus manifestus in eo, quod debitor propter pignus consequitur, ut mutuam pecuniam inveniat, quam sine pignore non esset accepturus: aut pecunia ante debita, consequitur, ut pignore dato, satisfaciat creditori suo ad moram alicujus temporis, ne distractionem rerum suarum interim patiatur. Unde dictum, non creditoris tantum caussa pignus dari, sed et debitoris, quo magis pecunia ei credatur. §. *ult. Inst. quib. mod. re contr. obl.*

XVII. Rem fruendam seu usumfructum vendi posse eum dicimus, ut est in *d. L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*. *D. de usuf.* et d. §. 1. *de usu et hab.* intelligere debemus vendi posse non jus ipsum, quod personæ cohæret; *L.* 3. in fin. *D. quib. mod. us. amit.* quam ob caussam in alium extraneum transferri non potest. §. *finitur*, *Inst. de usufr.* sed vendi posse (7) fructuum perceptionem, idest, hactenus rem fruendam vendi posse, et tradi emptori; ut quandiu ususfructus consistet in persona fructuarii, tandiu emptor re fruatur, sitque fructuarii loco, ut declaratur in *L. si ususfructus*, in fin. *D. de jur. dot.* Eamdem translationem in gratuita concessione accipere debemus. Sic et in re fructuaria pignori danda hoc intelligemus, non proprietatem pignori dari posse, quam quidem fructuarius, qui eam non habet, pignori dare non potest: (8) *L. interest. C. de usuf.* sed rem fructuariam quatenus fructuaria est, ut intelligatur hic magis ususfructus pignori dari, quam res ipsa: vel res ipsa quidem, sed quandiu ususfructus stabit: quod eodem redit. Sed et hos ipsos fructus similiter ut naturales sciamus fructuacuario tribui eadem illa conditione, quam supra diximus, dum conditio rei patiatur.

(7) Ita et Hot. *ad* §. 1. *I. de Usu et hab.* Non ususfructus ipse, a t, sed fructuum percipiendorum facultas cedi potest, quæ facti est non juris, et Zoan. *Rer. Quotid. C.* 63. *n.* 3. qu a non potest idem esse in persona cessionarii, qui fuit in cedentis, et Hortens. *ad L.* 4. *de Novat.* ut æstimetur ex persona ejus, cui primum constitutus, cum ea duret ac finiatur; Sarmient. 3. *Select. Interp.* 9. *n.* 2. *et* 3. Jus vendi nequit: perceptio fructuum et utilitas potest. Leges, quæ dicunt alienari posse, hoc volunt in eo plus juris esse fructuario quam usuario (qui nec commoditatem, quam habet recte vendit) et quibus sunt servitutes reales. Ad horum differentiam et si cum his conferatur, recte alienat, ut commoditas transeat, et vita inspiciatur vendentis. Non autem si conferatur cum proprietario, eo scilicet modo quo domino proprietatem alienare licet. A. Fab. 65. *Err. Pragm.* 1. Personæ cohæret ususfructus nec ab ea abscedere potest, aut ita transferri, ut alius sit futurus in persona secundi fructuarii, quam qui in primo alienante. Ita autem vendi potest ut fruatur emptor ex persona non sua, sed fructuarii, qui fruitur pretio ex venditione redacto, etsi emptor re non fruatur *d. L.* 12. §. 2. *L.* 38. *et seq. h. t.* vid. Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 17. Valasc. *Consult.* 66. *n.* 25. *et seq.* Bron. 1. *Ass.* 91. Jo. del Castillo *de Usuf.* C. 69. Arumæ *ex Justin.* 5. *Th.* 22. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C.* 14.

(8) In qua noli vel cum Cujac. 8. *ad Afr. in L.* 9. *D. de fun. dot.* verbis *eadem possessio* loco mortis restituere *ejusdem æstimatio*, vel cum A. Fabro 3. *Conject. ult.* in fine rescripti pro *æstimatio* reponere *possessio*. Nam quando fundus æstimato traditus, perfecte in marito acquisitus, et is eum efficaciter obligare potest, non tantum quoad matrimonium et dos consistit; sed ut alius pleno jure dominus. Nec impedit conventio adjecta, quæ obligationem et actionem personalem solum producere potest, non jus reale.

Cæterum vendere, (9) locare, aut concedere rem fruendam præter condi ionem rei non licet. Ac quod de locatione hic diximus, multo magis de cæteris intelligetur.

XIX. Sunt autem res quædam, quæ conditione sua locari non solent. Hujus generis sunt vestimenta; quæ in hoc parantur ut his honeste pro tempore et persona in familia utamur, non etiam ut locentur. Ideo usufructu vestimentorum legato fructuarius his utetur, si volet, non locabit. Præterquam si sit vestis, aulæum, aut alius (10) apparatus, scenicus, idest paratus ut sit usui in scena. Tunc enim et secundum conditionem sei licebit locare. Sed ut sit usus in scena dumtaxat, non alibi. Hæc in *L. sed si quid.* 15. *§. etsi vestimentorum. D. de usufr.* Sed etsi secundum conditionem rei rem locare liceat; non tamen licebit ultra, quam rei conditio patitur. Ut puta, ædes fructuarias locare licet: sed domum ut domum, cœnacula ut cœnacula: ex cœnaculis meritoria non faciet: ex honesta domo non faciet cauponam aut diversorium. Et quæ sunt in eamdem sententiam in *L. si cujus.* 13. *D. de usufr.*

XX. Tertium genus fructuum civilium est earum rerum, quas fructuarius nomine rei fructuariæ agendo consequitur. Huic commodo locus est in actione damni infecti, quam instituit fructuarius adversus vicinum ædium fructuariarum nomine. Quidquid is hac actione consequitur, placet id proprium ejus fieri tanquam rei fructum: utpote perceptum per occasionem et caussam rei fructuariæ. *L.* 7. in princ. *D. de usufr.* Id autem ita se habet. Si ædibus fructuariis vicinæ sint ædes ruinosæ, licet etiam fructuario cum vicino agere, ut caveat damni infecti. *L. qui bona, §. superficiarium, D. de damn. inf.* Ejus actionis exitus hic est, ut si vicinus non cavebit, mittatur fructuarius in possessionem ædium vicinarum, ac tandem, si perseveretur non caveri, jubeatur etiam eas ædes possidere. *L. prætor, D. de damn. inf.* Quod eam vim habet, ut qui possidere jussus est, dominus ædium constituatur. *L. si finita, §. Julianus, §. si ante, seq. D. de damn. inf.* Hoc ergo idem in proposito et fructuarius consequitur, et ita consequitur, ut dominus factus ædium, nec finito usufructu quidquam inde amittat. *d. L.* 7. in princ. *de usufr.* Sed cur non acquiruntur hic istæ ædes potius proprietario? Quia hic rei fructuariæ fructus est, inquimus, qui propterea ad fructuarium pertinere debeat. Propter rem enim hoc commodum, ut agere possit fructuarius damni infecti: hujus actionis non aliud commodum et fructus, quam ut adversus non caventem ædes possideantur jure dominii. Utrumque igitur ut in commodo sic in fructu rei fructuariæ.

XXI. At videamus, ne hic potius debeat hoc commodum acquiri proprietario, exemplo insulæ in flumine natæ, et alluvionis. Quale enim hoc commodum est, de quo agitur? Quod acquiritur quidem per caussam et occasionem rei fructuariæ, atque etiam beneficio: sed neque ex corpore, neque usu aut traditione rei, verum extrinsecus, tantum, ut dixi, per rei occasionem. Simile ergo insulæ natæ in flumine et alluvioni. Quorum utrunque dum acquiritur domino fundi, cui accedit, beneficium item est fundi, et per occasionem fundi acquiritur similiter extrinsecus. *§. præterea. §. insula. Instit. de rer. divis.* Atqui si insula juxta fundum fructuarium in flumine nata sit; placet eam proprietati accedere, et quidem ita, ut ne ususfructus quidem ad fructuarium pertineat. Hoc in *L.* 9. *§. huic vicinus. D. de usufr.* Ibidem de alluvione scriptum est, etsi ejus, quod accessit ususfructus ad fructuarium pertineat, ipsum tamen corpus, quod access't, fundo cedere, et fieri proprietate ejusdem domini. Cur non ergo et in ædibus per occasionem rei fructuariæ possidere jussis idem dicamus? acquiri has videlicet proprietate quidem citra controversiam domino proprietatis, ut et superiora duo. Quod autem ad usumfructum attinet, ne hunc quidem ad fructuarium pertinere, quia ædes istæ non minus sint a re fructuaria separatæ, quam insula, quæ accessit. Quam tamen ob separationem placet ejus insulæ usumfructum non pertinere ad fructuarium. *d. L.* 9. *§. huic vicinus, D. de usufr.* Aut si placet ista distingui, recte quæritur cur hæc tam varie, cum omnia beneficio rei accedant, quæranturque extrinsecus. Recte vero omnia propriis rationibus. Multum enim interest, quod per occasionem rei fructuariæ acquiritur, utrum vi et potestate rei acquiratur, an secus. Si vi et

(9) Sed an finito usufructu locationi stare teneatur proprietarius? Negat recte Castillo *de Usuf. C.* 73. An teneatur proprietarium, locationem petentem, aliis præferri vid. *idem C.* 74.

(10) *l.* 19. *fin. de usur.* vid. Forner. 1. *Select.* 21.

potestate rei, semper acquiritur proprietario. Quod enim ita quæsitum est, cedit ei rei, cui accessit, ut insula nata in flumine, ut alluvio. Hujus autem rei dominus est, non fructuarius, sed proprietarius. Quare et accessionis dominum esse oportet, qui ejus rei dominus est, cui facta est accessio. De usufructu earum rerum, cur placeret scilicet insulæ accedentis nec usumfructum ad fructuarium pertinere, alluvionis autem pertinere, alluvionis autem pertinere, supra respondi in rebus, quæ in usumfructum cadunt. Quod si quod acquiritur, acquiritur extrinsecus non vi et potestate rei aliam rem ad se trahentis, sed facto tantum interveniente fructuarii: id vero proprietario acquiri non potest, ut sunt ædes a fructuario possideri jussæ, de quibus agitur. Nullo enim jure illi acquirantur, quæ neque rei, quæ ejus sit, cedunt, neque facto ejus acquiruntur, neque acquiruntur ab alio ejus nomine. Ita sit plane, ut si cui acquiri possunt, soli acquirantur fructuario. Et vero solum hoc ejus commodum esse oportet. Soli enim ei competebat ea actio, qua petiit ab adversario, ut sibi damni infecti caveretur. Proinde et ejus actionis commodum.

C A P. IX.

Fructus tum naturales, tum civiles fructuario non nisi perceptione ejus ei acquiri: at hac perceptione ei acquiri. Tum quæ sit in utroque genere justa perceptio.

Acquisitio in fructuario; sola fructuum perceptio. I.
Fieri debet a fructuario: secus a possessore bonæ fidei. Quæ utriusque differentia. Quid ex ea consequens. II.
Perceptos fructus pleno jure domini habet fructuarius. III.
Quotcunque a die cedente ususfructus, aut isto nondum finito, in fundo pendentes deprehendit; et si utroque tempore, minima parte, an ne steterit ususfructus. Contrariis occurritur. IV. V.
Etiam si immaturos perceperit. VI.
De vario perceptionis modo. VII.
Civiles fructus aut jure ipso percipiuntur, aut facto. Quæ sint utriusque generis. VIII.
Mercedes et pensiones rei locatæ quo casu, et quatenus integræ debeantur fructuario pro illa etiam parte anni, qua desiderat ususfructus. IX. X. XI.
Quid si merces aut pensio locatæ rei fructuariæ usui tantum respondent. XII.

I. Atque hi sunt fructus tum naturales, tum civiles, quos fructuarii in re fructuaria esse dicimus. Nondum tamen hæc fructuarii. Qualescumque fructus erunt, certo modo fructuario acquiruntur, ac sine eo non fiunt ejus. Acquirendi ratio, si fructus perceperit. Meminisse enim debemus non dicere nos fructus esse fructuarii, sed usumfructum, ac per usumfructum fructus. Ususfructus autem est jus utendi fruendi. Hoc autem ipsum frui totum est in facto, nec aliud significat, quam fructum ea re aliqua capere, ut supra dixi. *L.* 1. in princ. et §. 1. *D. quand. di usufr. leg. ced.* Sit ergo hoc jus, fructus non fieri fructuarii ante, quam ab eo (1) percipiantur. *L. qui scit.* §. 1. in fin. *D. de usur. L. si fructuarius*, in fin. *D. quib. mod. us. amit.* Unde evenire necesse est, ut si pendentibus adhuc fructibus, necdum perceptis finitus sit ususfructus; quanvis maxima parte ejus anni is ususfructus steterit: nihil tamen ne præ eo quidem tempore aut habeat fructuarius, aut ad heredem suum transferat, qui ita transfert, si prius perceperit, *d. L. si fructuarius*, in pr. *quib. mod. us. amit.*

II. Nec satis est fructum esse perceptum, ut fiat fructuarii: ab ipso etiam percipi oportet. Placetque in hac re hoc distare fructuarium a bonæ fidei possessore, quod fructus fructuarii non fiant, nisi ipse eos perceperit; ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, simul atque a solo separati sunt, *d. L. qui scit.* §. 1. *de usur. d. L. si fructuarius*, in fin. *quib. mod. us. amit.* Differentia nata ex verbis juris, quo de utriusque acquisitione cautum est. Nam in bonæ fidei possessore acquisitio fructuum tribuitur maxime ejus culturæ, §. *si quis a non domino. Inst. de rer. divis.* In fructuario tribuitur fruenti: fruitur autem, qui ipse fructum percipit. Cui consequens est, quod traditur in *L. arbo-*

(1) Non prius ei cedunt fructus quam si eorum a terra separatorum possessionem nactus. Non igitur aliter separatione quærit fructus; quam si ipse vel alius ejus nomine desecuerit, *L.* 12. §. *ult. h.* . . tued. *ad L.* 30. *de V. S. n.* 5. et 6.

ribus. 12. §. *ult. D. de usufr.* ut si fur desecuerit fructus, furti quidem actio competat fructuario, cujus interfuit fructus non esse ablatos: condictio autem furtiva soli proprietario; et quidem huic statim: non autem sit condictio in pendenti. Nempe ideo quia condictio furtiva soli domino competit. *L.* 1. *D. de cond. furt.* Cum autem fructus ab alio percepti non fiant fructuarii: necesse est in proposito proprietarii factos esse.

III. Sed ut si quid non percipit fructuarius, id ad eum non pertinet: ita si percepit, tanquam ei acquiritur, non ut in percepto usumfructum tantum habeat, sed ut ejus proprium fiat pleno jure, quod perceptum est, quo et de eo possit statuere pro arbitrio, ut de alia quavis re sua: *L. cum oportet*, §. *etsi quid*, *C. de bon. quæ lib.* et finito usufructu, aut retineat ipse, aut decedens ad heredem suum transmittat. *L.* 7. in princ. illic, *unde etiam. D. de usufr. L. si fructuarius messem, D. quib. mod. us. amitt.*

IV. Et ut fit fructuarii pleno jure, quod perceptum est: ita fit ejus totum, quod ab eo perceptum est, ut nihil inde cum proprietario communicare debeat. Quod eo spectat, ut quanvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, tamen percepti ab eo fructus (2) in solidum fiant ejus, etiam pro ea parte, qua ususfructus non cœperat, aut postea finitus est. Finge usumfructum a testatore relictum pendentibus fructibus et jam maturis. Placet fructuarium eos laturum, si legati die cedente adhuc pendentes deprehenderit, et quod ante exigebamus, perceperit. *L. si pendentes*. 27. in princ. *D. de usufr.* Quippe pendentes fructus fuerunt fundi, atque adeo pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* fructuarius fructus ex re fructuaria percipiendo suos facit. *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur.* Eodem modo plane, quo de fructibus fundi legati post acquisitum legati dominium perceptis responsum est, hos ad legatarium pertinere, licet major pars anni ante diem fideicommissi cedentem præteriisse dicatur. *L. Herennius*. 1. *D. de usur.* Nec quisquam putet ideo hæc esse dissimilia, quia posterius hoc de legatario, eodemque domino fundi responsum est; fructuarius autem, de quo agimus, non est fundi dominus. Nam et fructuarius in fructibus percipiendis jure domini utitur, dum ipse fructus percipiat. *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur.* Eadem cœpto usufructu anni postremi ratio est. Propone cum Calendis Juliis cœpisset ususfructus: postea novissimo anno sublatis fructibus mense Octobri fructuarium decessisse. Nihil hic dividetur inter heredem fructuarii et dominum fundi: sed totius anni fructus ad heredem pertinebunt, quia sunt a fructuario percepti. Nam et si fructus a colonis, quibus fundus locatus erat, sublati essent, placet quasi a fructuario ipso essent percepti, sic pensionem anni integram heredem fructuarii percepturum. *L. defuncta*, 58. in pr. *D. de usufr.* Et in summa, ut si maxima parte anni stetisset ususfructus, et tamen nondum perceptis fructibus decessisset fructuarius, nihil relinqueret heredibus suis, nec proprietarius cum his quidquam decideret: ita non debet proprietarius petere se ad eorum

(2) Adde *L.* 8. *in fin. de ann. leg.* §. *is vero* 36. *I. de R. D.* Et ita omnes interpretes solo Cujacio excepto referente Hart. Pist. *L.* 1. *Q.* 24. *n.* 16. Sverin. *de Usuf. accr. pag.* 19. diversam merito esse causam dotis, ubi dominium est mariti, et fructus oneribus matrimonii ferendis serviunt, et ususfructus qui in facto ac fruendi actu *L.* 1. *Quan. di us. leg.* quo cessante totum jus fructuarii cessare necesse est. Unde et ex fruitione per constitutum tempus omissa, ususfructus extinguitur (vid. *C.* 17) et Rob. 2. *Animadv.* 10. et 2. *not.* 10. Hart. Pist. *d. Q.* 24. *n.* 24. *n.* 17. *et seqq.* Jo. del Castillo *Tr. de Usuf. C.* 77. ubi *n.* 28. et ipse discriminis rationem reddit, quod fructuarius non ratione aliquorum onerum, sed sui tituli fructus acquirat; nec igitur aliquid amplius requiri, quam uti titulus perseveret. Sed hanc sententiam impugnat Cujac. 4. *Feud.* 30. iniquissimam eam et falsissimam vocans et 2. *not.* Merc. 10. et 24 *Obs.* .. Contendit hic, tametsi nondum perceptos finito usufructu dominus acquirat, et contra perceptos omnes fructuarius, [illegible] pro rata primi vel postremi anni eos dividi debere, atque ad portionem restituendam obligatum esse vel dominum, post aliquot annos, dum fructus pendent, finiatur ususfructus, vel fructuarium, si mox iis perceptis ususfructus interierit, per *L.* 25. *h. t.* *L.* 5. §. *ult. Si us. pet.* Sicuti et bonæ fidei possessor fructus quandoque licet acquisiverit et suos fecerit, domino tamen vindicanti cum re restituere cogitur *L.* 22. *C. de R. V.* Et hanc divisionem admittit etsi consumpti sint fructus, ac sive ab alio decerpti, sive sua sponte deciderint. Ad *L.* 58. *h. t.* resp. Cujacius in ea specie annum integrum durasse usumfructum. Idem *d. C.* 21. hoc confirmat per *L.* 32. §. *pen. de Usufruct. legat. L.* 18. §. *de stip. ser.* Sed satisfit Cujacio a Rob. *d. C.* 10. *Animadvers.* et *not. C.* 10. H. Pist. *d. Q.* 24. *n.* 17. *et seq.* Castillo *d. C.* 77. *n.* 15. *et seqq.* Sane Jure Saxonico quæcunque sata a fructuario heredes ejus metunt, Landr. *L.* 2. *Art.* 58. Schneidv. *ad* §. *is vero* 36. *I. de. R. D. n.* 3. H. Pist. *d. L.* 1. *Q.* 25. *n.* 30.

divisionem admitti, si fructuarius eos perceperit, quia perceptione suos fecit.

V. Obstat his prima fronte exemplum mariti in fructibus rei dotalis. Nam et hi itidem ad maritum pertinent. *L. dotis*, 7. *D. de jur. dot.* Et quidem certiore jure, quam ad fructuarium in re fructuaria. Maritus enim dominus est dotis. *L. doce*, *C. de rei vind.* Non item fructuarius dominus rei fructuariæ. *L. recte*, *D. de verb. signif.* Et tamen si novissimo anno non impleto, solutum sit matrimonium: fructus ejus anni dividuntur inter maritum et uxorem pro rata temporis, quo matrimonium fuit, sive maritus fructus perceperit, sive non perceperit: ut si quidem percepit, debeat soluto matrimonio restituere fructus pro rata reliqui temporis; si non percepit, non aliter fundum dotalem restituere debeat, quam si uxor caverit, se perceptis fructibus restituturam fructus pro modo ejus temporis, quo matrimonium stetit. *L. unica*, §. *cumque* in fin. *C. de rei ux. act. L. fructus*, 7. §. *e contrario*, §. *in serro*, §. *si fundum*, §. *interdum*, *D. sol. matr.* Sed dissimiles hæ caussæ sunt. Dissimilitudinem rei et juris facit caussa acquisitionis fructuum, quæ alia atque alia est in utroque. In fructuario ut fructus fiant ejus, caussa duplex, si fructuarius est, et si fructus percepit. Sic enim de eo jus est, fructuarium percipiendo fructus suos facere. *d. L. si fructuarius messem*, *D. quib. mod. usufr. amitt.* Fac eum eo anno, quo ususfructus finitus est, percepisse fructus. Etsi minima ejus anni parte ususfructus steterit: tamen superiori consequens est, fructus integros eum ferre debere, quia utraque caussa superior concurrit. Nam et fructuarius est, et verum est eum fructus percepisse. Idemque in contrarium valet, ut quamvis maxima parte anni steterit ususfructus; si tamen fructus non percepit, nulla ex parte fiant ejus, aut ei restitui debeant, quia deest illi caussa juris ad acquirendum: non enim percepit, nec fructus fiunt ejus, nisi perceperit. *d. L. qui scit*, §. 1. *de usur. d. L. si fructuarius*, *D. quib. mo. us. amitt.* At in marito ut fructus fiant ejus, hæc caussa est, non si perceperit; sed si onera matrimonii sustinuerit. Placet enim fructus dotis pro oneribus matrimonii ad eum pertinere. *L. pro oneribus*, *C. de jur. dot. d. L. dotis*, in princ. *D. eod.* Unde rursum necesse est evenire, ut pro modo temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis ejus esse debeant, licet non perceperit, quia sustinuit tandiu onera matrimonii: pro reliquo autem tempore nihil ferre debeat, etiam si maxime prius perceperit fructus, quia soluto matrimonio reliqui temporis onera non sustinuerit.

VI. Manebit igitur fructuum acquisitionem constare fructuario perceptione. Ab eo non perceptos non fieri ejus, quantacumque parte anni steterit ususfructus: perceptos statim fieri ejus, etiam si minima parte anni ususfructus steterit. Quid tamen, si fructuarius perceperit fructus immaturos, puta silvam cæduam ceciderit intempestive, fœnum immaturum secuerit, oleam legerit immaturam? Etiamne hi perceptione fient ejus? Quæstio in eo est, an immatura hæc sint in fructu. Nam de perceptione non dubitatur, quin tam his conveniat, quam maturis fructibus. Et placet hæc in fructu esse, eoque, et perceptione statim fructuarii fieri. Quippe ex usu hominis æstimandum, quid illi expediat, aut non expediat. Quod autem expedit, id illi esse in fructu. *L. si absente*, 48. §. *ult. D. de usufr. L. pen. D. de usufr. leg.*

VII. Quod cum ita sit, ut quidquid est in fructu, id fiat fructuarii, si perceperit, nec aliter, quam si perceperit: videndum est, quid sit percipere, et quando hic fructus intelligatur ab eo perceptus. Et aliter percipiuntur fructus naturales, aliter civiles, quos diximus, neque hi omnes uno modo, conditione fructuum ita exigente. Naturales fructus si ita continentur ea re, cujus sunt fructus, ut non possint aut soleant, nisi humana opera separari: tunc percipi intelliguntur, cum sunt ab ea re separati: ac separati statim percepti intelliguntur, etiam si nondum sint collecti, aut reconditi in horrea, puta, spica aut fœno cæso, uva exempta, excussa olea, et in animalibus, pilo exsecto, detonsa lana, lacte mulso. *L. si fructuarius*, *D. quib. mod. usufr. amit. L. si ejus*, in fin. *D. de rei vindic. L. in pecundum*, *D. de usur.* Quæ si a fructuario facta erunt, tum vere dixerimus fructum ab eo perceptum esse, eoque et factum esse ejus. Quod si per se ista deciderint, placet, ut ea a fructuario percepta non sunt, sic nec ad fructuarium, sed ad proprietarium pertinere. *d. L. si fructuarius*, *D. quib. mod. usufr. amitt.* Quod si naturales fructus ita sint, ut sponte naturæ edantur, separenturque a corpore, quo continebantur, ut sunt fœtus animalium: in his eadem definitione uti non possumus: frustra enim expectetur, ut separentur a fructuario, qui invita natura separari non possunt: ea jubente satis separantur sine cujusquam facto. Tunc ergo percepti intelliguntur, cum sunt editi, fiuntque ex eo statim fructuarii. *d. L. in pecandum*, *D. de usur.* Tantummodo

ut sint, editi, cum pecora essent in possessione fructuarii: ac tunc videntur esse in ejus possessione, cum ab eo tenentur, aut sunt sub ejus custodia. *L.* 3. §. *Nerva, D. de acq. poss.*

VIII. Civiles fructus partim ipso jure percipiuntur et acquiruntur fructuario; partim facto fructuarii. Quæ operis servorum fructuariorum acquiruntur, non indigent alia perceptione fructuarii. Quæsita hoc ipso statim jure ipso acquiruntur fructuario, ut acquiruntur dominis, quæ quæsita sunt per servos proprios. §. *de his, Inst. per quas pers. nob. acq.* In eadem caussa est, et quod donatur servo fructuario contemplatione fructuarii: *L. sed etsi.* 22. *D. de usufr.* Cætera commoda, quæ sunt ex traditione rei fructuariæ, aut possessione ædium ruinosarum ex caussa damni infecti, tunc percipiuntur, cum ea facta sunt ex quibus illa commoda sequi supra diximus. Ut, re fructuaria fruenda vendita, aut locata a fructuario, statim illi quæsita est actio, proinde contractu percepta: unde illi pretium et mercedem sequi necesse est. Quod ipsum et in cæteris factis hujus generis intelligendum est. Sed pretium ususfructus venditi totum fructuarii est, etiam si ne uno quidem anno toto ususfructus steterit. *L. non utitur*, 38. in fin. *D. de usufr.*

IX. Quæsitum est de pensionibus et mercedibus rei fructuariæ locatæ, an si forte steterit ususfructus aliqua tantum parte anni quo res locata est, nihilominus ejus anni totius pensio et merces debeat esse fructuarii, ut accidit in pretio ususfructus venditi: an vero debeant pro rata temporis dividi inter fructuarium et proprietarium, quasi non semel percepta, sed quatenus stetit locatio. Quæstio ideo dubia, quia de ea varie responsum videtur in *L. si operas*. 26. et in *L. defuncta*, 58. et *L. arbores, seq.* §. 1. *D. de usufr.* Sed recte his locis omnia pro varietate rei locatæ, et fructuum inde a conductore perceptorum. De quo sic habendum est: pensiones et mercedes rei fructuariæ locatæ ad fructuarium ita pertinere, si et locavit ipse, et conductor fructum percepit ex re locata, aut percipere potuit, si vellet, jure ejus locationis, ut sic mercedem eatenus deberet.

X. Primum est, ut ipse locaverit. Nam si dominus locavit prius, deinde fructuarius incidit in eam locationem, et eosdem colonos vel inquilinos, aliosve conductores: mercedes debebuntur domino, non fructuario, nisi nominatim comprehensum sit in usufructu constituendo, ut mercedes ad fructuarium pertinerent. *d. L. arbores.* 59. §. 1. *de usufr.* Quippe ex locatione quæsita est actio soli domino, qui contraxit: non fructuario, qui non contraxit. Nec vero sine actione mercedem percipere potest fructuarius: neque porro fructus aliter sit ejus, quam si perceperit. Sed hic illi cavetur in *d. L. arbores.* §. 1. ut quod in hac locatione recta consequi non potest, id obliqua via possit consequi: ***Ad exemplum venditionis,*** inquit Paulus, ***nisi pensiones fuerint nominatim exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere.*** Sensus est: quemadmodum si dominus locasset fundum aut ædes, deinde vendidisset, potest emptor ejicere conductorem, et ita ne ejiciat, consequi, si velit, ut sibi potius mercedes præstentur, nisi quid aliud exceptum sit. *L. emptorem. C. de locat.* ita et in proposito, si dominus locaverit rem fructuariam ante usumfructum constitutum; poterit fructuarius eodem exemplo repellere conductorem, cujus rei metu itidem consequetur, ut aut conductor cogatur excedere, aut ei potius volente domino pensiones solvere, nisi nominatim exceptum sit de pensionibus, ut hæ manente locatione solverentur proprietario, eidemque locatori.

XI. Cum fructuarius locaverit, alterum ad perceptionem mercedum exigimus, ut conductor fructum perceperit, aut percipere potuerit jure ejus locationis, si vellet. Atque hactenus merces acquiritur fructuario, non longius. Si percepit conductor, nulla dubitatio. Si non percepit, et per eum stetit, quominus perciperet, perinde haberi debet, quasi percepisset, ne culpa et factum ejus noceat fructuario, et actionem locati ab initio ei quæsitam, invito illi adimat, quod jus vetat. *L. factum, D. de reg. jur. L. ult. D. de pact.* Hinc distinctio superioribus illis locis, quos ante indicavi, tradita, quam subjicio. Interest igitur plurimum, utrum fundus locatus sit, cujus fructus naturales semel et uno tempore colligi possint: an locatæ res aliæ, quarum fructus sit in usu ipso, seu in ea commoditate, quæ ex usu quotidiano earum rerum percipitur, ut ædes, quarum fructus est, ut inhabitentur; ut servi, quorum fructus est in operis. In fundo si colonus percepit fructus, exinde totius anni merces debebitur fructuario, etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam merces ex locatione pendi debebat. Est hoc responsum Scævolæ in *d. L. defuncta.* 58. in princ. *de usufr.* Ratio manifesta: nam si fructuarius ipse percepisset, facti essent ejus. Nunc autem videtur

percepisse, cum conductor percepit. Sed et illud spectandum est, pro qua re colonus debeat mercedem. Debet vero pro fructibus fundi perceptis. Horum enim percipiendorum caussa conducitur fundus. Quare si integros percepit: etiam solidam mercedem debebit ei, a quo caussam habuit percipiendi. Habuit autem a fructuario, qui locavit, et qui nisi locasset, percepisset ipse, et suos fecisset. Quapropter et huic perceptis a colono fructibus integra pensio debebitur; et si nondum finito tempore locationis decesserit, integram ad heredem trasmittet.

XII. In cæteris rebus locatis, quarum fructus versatur in earum usu, si nondum impleto tempore locationis ususfructus interierit: non debet majore ex parte pensio ad fructuarium heredemve ejus pertinere, quam pro (3) eo tempore, quo ususfructus mansit: quod superest, ad proprietarium pertinebit, ut responsum est, operis servi locatis in *d. L. si operas*, 26. *de usufr*. Merito: debetur enim in his rebus pensio fructuario pro usu earum rerum. Quo fit, ut non possit deberi longius, quam is usus præcesserit. Non diutius autem conductor usus est re fructuaria, aut per conductorem fructuarius, quam ususfructus stetit. Et vero absurdum est fructuarium plus consequi per conductorem quam si ipse re fructuaria usus esset. Nam ut ei locanti tribuamus plurimum: nihil tamen consequatur amplius, quam ut per conductorem frui intelligatur. *L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *D. de usufr.*

(3) Paulo aliter Rob. *d. C.* 10. Jo. del Castillo *d. C.* 77. *n.* 20. *et seq.*

CAP. X.

Fructuario jus non esse, neque rei fructuariæ alienandæ, quod est proprietatis, neque consumendæ, neque adeo mutandæ aut transformandæ. Et quæ sit ista mutatio, transformatiove, quæ hic fructuario denegetur.

Jura proprietatis, et de re statuendi fructuario interdicta: et quare. Quæ sint ejusmodi. I.

Ideque nec transformare, nec innovare rem fructuariam licet fructuario, etiam ut meliorem faciat. Duplex Ulpiani locus in L. 13. §. fructuarius, et §. inde *in fin.* D. de usufr. *illustratus.* II.

Sed nec inducere quod rei qualitatem mutet. Conciliatio L. usufructuarius 44. D. de usufr. *cum* L. si cujus 13. §. sed si ædium D. eod. III.

Item nec inchoatum ædificium consummare. Exponitur L. usufructuarius 61. D. de usufr. et *Neratius* ibidem *defenditur*. IV. V.

Superioris definitionis exceptio. Exceptionis ratio, et exempla. Consecutioni a contrario deductæ occurritur. VI. VII.

I. Atque hæc fructuarii commoda sunt in re fructuaria: hic usus et fructus: hæc fructuum perceptio et acquisitio. Commoda ut fructuarii omnia, ita, ut proposui, sola. Quid ergo post hæc deest fructuario, quin habeat in re fructuaria? Duo proprietas, tum jus in corpore et substantia rei. Quæ duo definitione ususfructus comprehensa sunt, cum dicitur jus fruendi alienis rebus, et fruendi salva rerum substantia. Proprietas ergo alterius est, nempe ejus, cujus et ante usumfructum fuerat, aut successorum ejus. Non est fructuarii, qui nulla ex parte est dominus. *L. recte, D. de verb. sign.* Hoc eam vim habet, ut extra usum et fruitionem rei de re statuere non possit, sciamusque omnia quæ hujus potestatis sunt de re statuendi, fructuario esse interdicta, cujus generis hæc sunt rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppigneratio: omnia ejusmodi, ut si facta fuerint, ipso jure non valeant. *L. usufructu*, 9. *L. interest*, 6. *L. habitatio*, *C. de usufr.* Nam et dominum esse oportet, qui velit dominium transferre: *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom.* et servum in potestate dominiove suo habere, qui velit eum potestate ea et dominio liberare, quod solius domini est: *L.* 4. *C. de his qui a non dom. manum. sunt.* Et rem habere in bonis, qui velit eam pignore obligare. *L. quæ prædium*, *C. si alien. res pign. dat. sit*, *L. et quæ nondum*, §. 1. *D. de pign.*

II. Ex eadem ususfructus definitione salvam semper rei substantiam manere oportet; ut intelligamus in eam fructuario nihil juris esse. His verbis supra diximus duo hæc contineri: ne fructuarius consumat; neve mutet aut transformet. Meminerimus semper nos de vero ususfructu loqui, non de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur. De consumptione jus certum, hanc fructuario minime concedi, de qua satis dixi

in definitione. Mutatio et transformatio paullo longiorem tractatum desiderat, quem hic opportune subjicimus. Ergo fructuarius tueri ea, quæ invenit, potest: (1) mutare et nova facere non potest. *L. usufructuarius*, 44. *L. si cujus*, 13. §. *sed si ædium*, vers. *sed neque D. de usufr.* Quid, si melius repositurus sit, et excolendo meliorem domini caussam facturus? finge cum ædes ampliare, viridariis et deambulationibus voluptariis sublatis, hortos olitorios facere, aut aliud quid, quod reditum augeat. Placet ne (2) sic quidem eum rem mutare posse. Hoc Ulpianus in *L.* 7. in fin. *L.* 8. *L. si cujus*, 13. §. *fructuarius*, *D. de usufr.* Quod tamen idem veluti secum pugnans bis mutare videtur in *d. L. si cujus*, nam in §. *fructuarius* ita definit: *fructuarius caussam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest.* Et mox in §. *inde seq.* in fin. *forsitan*, inquit, *etiam hæc dejicere poterit: si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.* Et sunt hæ quidem definitiones; sed quas ad explicandum proponat: et deinceps ita interpretatur, ut doceat utrumque se ita intelligere, si quidem id ipsum maneat, quod invenit, dum id melius et auctius facit: diversum esse, si qui mutet aut transformet, quantumvis, quod reponit, melius aut fructuosius futurum sit. Id in his quæ sequuntur, plusquam certo declarat, partim distinctione atque exemplo rerum infructuosarum; partim etiam definitione de toto genere aperte scripta. Distinctio sequitur hujusmodi in *d.* §. fructuarius. *Et si fundi*, inquit, *est ususfructus legatus, non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quidquam facere in perniciem proprietatis.* Hæc de eo, qui caussam proprietatis facit deteriorem. Quid, si faciat meliorem? Et docet exemplo ne id quidem licere, si rem dejiciat, quanvis reponat, quod sit melius. *Et si forte*, inquit, *voluptarium sit prædium viridiaria, vel gestationes, vel deambulationes* (3) *arboribus infructuosis opacas vel amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectet.* Atqui in his omnibus fructuosum fundum facit, qui prius hactenus erat non tantum sine fructu, sed etiam sumptuosus domino. Sed prius dejicit illa superiora, quæ invenit. Negat ergo hæc illi licere facere, quanvis fundum ad istum modum excolendo meliorem faciat. Atque ita quod prius generaliter posuerat, interpretatur. Sed omnem dubitationem eximit definitio, quam subjicit in ead. *L. si cujus*, §. *sed si ædium*, versic. *Sed neque.* Post alia enim multa, quibus dixerat non licere fructuario in ædibus quid mutare aut convertere, etiam si faciat cum fructu: ita definit: *excolere enim, quod invenit, potest, qualitate ædium non mutata.* Nimirum hoc est: excolere rem, et excolendo meliorem facere potest: sed dum servet, quod invenit, non etiam immutet. Quod fiet reficiendo ædes, serendo arbores, subserendo vites, agrum bene colendo, et fructum uberiorem faciendo. Aliter non licet. Et ne dubitemus ita jus esse, atque hanc ita esse sententiam Ulpiani, res aperte definita est a Neratio, cujus extat definitio in *L. usufructuarius*, 44. *D. de usufr.* fere his verbis: fructuarium tueri posse, quod accepit, non novum facere; tametsi excolendo ædificium meliorem domini caussam facturus esset.

III. Non solum autem non licet ita rem mutare, ut vetere sublata, aut suo loco motam, novam in ejus locum substituas: sed nec priore substantia, quæ inventa est, manente, licet inducere, quod cohærens rei qualitatem immutet, ex superiore Ulpiani definitione. *d. L. si cujus*, §. *sed si ædium.* Ex quo est illud Neratii ex *d. L. usufructuarius*, 44. usumfructuarium novum (4) tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non posse, tametsi meliorem domini caussam facturus esset. Hæret enim tectorium, et impositum qualitatem parietis mutat. Cui non adversatur, quod traditur (5) in *d. L.*

(1) Fuse hac de re et quid fructuario ac quatenus hic liceat, tractat Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 33.

(2) Vid. Castillo *d. Tr. C.* 25. *n.* 10. *et seqq.* Sic et contra nec proprietarius potest rem vel in melius mutare, vid. *L. ult. de Usu et hab.* ubi scite Gothofredus: quod contra alicujus voluntatem fit, id utcunque alias melius sit, illi tamen melius non esse. Et sæpe quæ contemptiora et viliora habentur pretiosiora, vid. Forner. 2. *Select.* 8.

(3) Deambulationes in *d. L.* 13. §. 4 significant locum amœnum, deambulationi destinatum. Ut apud Cic. 2. *de Orat.* Hot. 3. *Ib.* 23.

(4) Tectoria quæ sint exponit Zoan. *Restit. ad Dig. C.* 24. Sed nec rivum imponere potest, *L.* 61. *h. t.* id est canalem, qui egerendæ aquæ pluviæ e tecto manantis parietibus imponi solet. Non autem eo sensu ibi rivus, quo in Interdicto de Rivis. Nec est quod Cujacius 1. *Obs.* 36. expuncta voce *rivum* reponat in *d. L.* 61. *tectorium*, recte notatus ab Hot. 2. *Amic.* 36. et Ræv. 2. *Conject.* 12.

(5) Nec distinguit an ædes pictas acceperit, ut contra Cujacium *in recitat. ad L.* 10. *de serv.* Castillo *d. C.* 33. *n.* 8.

si cujus, 13. §. *sed si ædium*, in princip. ædium usufructu legato, posse fructuarium et colores immittere, et picturas, et marmora, et sigilla, et si quid facit ad domus ornatum. Hæc enim omnia aut non cohærent, aut non ita, quin sine damno et intertrimento parietis facile eximi possint. Non sic tectoria aut incrustationes, quæ sic adglutinata sunt parietibus, ut non possint plano eximi, aut non ita, quin ex farturis et coagmentationibus parietum aliquid secum trahant. De tectoriis et incrustationibus legere est apud Bodæum in *annot. ad Pand.*

IV. Ejusdem rationis est, quod idem Neratius scribit, fructuarium inchoatum ædificium consummare non posse. Cujus de hac re exstat subobscurum responsum in *L. usufructuarius* 61. §. 1. *D. de usufr.* in hæc verba: *Ædificium inchoatum fructuarium* (6) *consummare non posse placet, etiam si eo loco aliter uti non possit. Sed nec ejus quidem usumfructum esse: nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Hic prima responsi obscuritas ex specie facti, in qua Neratius secum pugnantia scribere videtur. Ait enim ejus ædificii inchoati usumfructum non esse: et tamen eum, quem negat consummare posse, fructuarium appellat. Non est autem fructuarius, nisi is cui vere ususfructus rei constitutus est. Quod si abusive eum fructuarium vocaret, qui videretur, et non esset: non debuisset dicere, fructuarium hoc consummare non posse: sed contra eum, qui apud eum proponebatur, non posse id consummare, quia fructuarius non esset. Tum autem magis incertum esset, in qua specie vellet id responderi. Nam de eo, qui fructuarius non sit, respondere hunc in re aliqua nihil facere posse ususfructus jure plusquam nugatorium est. Res sic habet. Is qui proponitur, fructuarius est vere, ut eum vocat Neratius: sed non est in ædificio isto inchoato, cujus negat usumfructum esse. Et tamen ex alterius rei usufructu relicto juste dubitatur, an jure istius ususfructus prioris possit hoc ædificium inchoatum consummare, et an sit ejus ususfructus. Id autem contingit in hac specie, quam ad id responsum accommodari oportet. Testator legavit Titio prædii, vel fundi, vel loci Corneliani usumfructum. In eo seu fundo, seu loco erat ædificium quoddam inchoatum. Cum eo loco, in quo id ædificium cœptum erat, uti non posset fructuarius, nisi aut deponeret, quod jam ædificatum erat, aut quod cœptum erat, consummaret; primum quæri potuit, an posset deponere, ut sic postea loco purgato commode uti posset. Et constat eum non posse. Sic enim deteriorem caussam proprietatis faceret, quod ei citra controversiam non licet. *d. L. si cujus*, 13. §. *fructuarius, D. de usufr.* Quod cum certum esset, ideo omisit Neratius. Itaque proxime quæritur, an possit saltem consummare, ut perfecto ædificio jam uti possit ædibus. Movet, quod isto modo rem meliorem facturus est, quod ei licere debere videbatur. Respondet Neratius nec consummare eum posse. Quod plane ex superiore definitione Ulpiani, et sua respondet. Non enim licet fructuario immutare qualitatem rei: licet ei tueri, quod accepit, non novum facere, etiam si meliorem caussam domini facturus sit. *d. L.* 13. §. *sed si ædium, d. L.* 44. *de usufr.* Eveniet autem in proposito, ut rem mutet, et novam faciat, si inchoatum ædificium perficit. Sic enim fient ædes, quæ prius non erant: et eæ ædes, quæ si alius ædificasset, fortasse eædem futuræ non essent. Idque ita est, in-

(6) DD vulgo rationem reddunt, quia mutaretur forma et substantia rei. vid. Castillo *d. C.* 33. *n.* 13. *et seqq.* Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 52 *et seqq* nec (ut noster et probabilius) videntur accipere *d. L.* 61. de alio quam cui nominatim illius ædificii ususfructus relictus. Male. Sic enim actus legantis vel constituentis plane erit frustraneus. Coras. 1. *Misc.* 6. accipit *d. L.* 61. de ædificio voluptatis aut alia caussa cœpto. Et si fructus fundi percipi ac colligi possint, etsi eo loco, hoc scilicet ædificio, ad usum cui destinatum, uti nequeat, consummare non posse. Quod si uti frui nequeat, nisi absolvatur, perficere posse *L.* 7. §. *ult. h. t.* et ita quoque fere Charond. 1. *Verisim.* 5. *et* 21. Castillo *d. C.* 33. *n.* 19. *et seq.* novam adfert rationem, *d. l.* 61. quæ speciem subtilitatis habet, sed nervo caret. Legatum illic ususfructus ædium cœptarum habere tacitam conditionem si consummatæ fuerint, ut interim dilationem habeat ususfructus. Quia vero dilatio in favorem heredis adjecta, censetur non posse suo facto legatarium dilationem impedire, et minuere. Multa hic peccata. 1.° Nulla conjectura voluntatis interpretationem hanc exigit. Quin res legatæ potius, quales sunt et reperiuntur, tales præstandæ. 2.° Inter casus, quibus sine verbis conditio intelligitur, vid. *L.* 8. *C.* 31. *n.* 13. hic non est, nec illis similis. 3.° Conditio si sic pendebit ex facto heredis, locus regulæ *l.* 24. *de cond. et dem.* de qua *Lib.* 8. *C.* 34. *n.* 2. 4.° Sic ex voluntate heredis pendebit vis legati, ac si nunquam is, superstite legatario, perficiet ædificium, legatum inane erit etc.

quit Neratius, etsi eo loco aliter uti fructuarius non possit; ut pute loco aliter plane inutili.

V. Hic jam altera difficultas in ipso responso dictæ *L.* 44. Constat enim fructuario, et omni, cui servitus debetur, ea licere, sine quibus uti servitute non potest. *L.* 1. §. 1. *D. si usufruc. pet. L. servitutes*, §. *si domo, D. de servit. urban. præd.* Et si de mutatione rei in usufructu quæritur. Certum est etiam hic rem mutare et transformare licere, dum fiat fruendi caussa: de quo paulo post. Probat *L. si cujus.* 13. §. *inde de usufruc.* Huic objectioni, opinor, occurrens Neratius subjicit. sed nec ejus quidem usumfructum esse. Quasi diceret non obstare, quod fruendi caussa liceret rem mutare. Id enim liceret in ea re, cujus ususfructus esset constitutus; in proposito autem ædificii istius inchoati nec usumfructum esse. At rursum hæc ipsa sententia in specie proposita incidit in reprehensionem. Cum enim proponamus fundi vel loci alicujus usumfructum relictum esse, hujus autem fundi partem esse ædificium inchoatum, utpote quod solo impositum cedat solo. §. *cum in suo, Institut. de rer. divis.* Quid restat, nisi ut hujus quoque partis usumfructum constitutum intelligamus? Diximus enim supra rei alicujus ususfructu constituto, etiam earum rerum usumfructum contineri, quæ rei cohærentes ejus partem faciunt: puta quæ alluvione accesserunt. *L. item si.* 9. §. *huic vicinus, D. de usufruc.* Sed et hoc recte Neratius. Quod enim dicitur etiam partium et accessionum fundi usumfructum esse, sic intelligendum est, si modo et earum partium aliquis ususfructus esse possit. At in proposito cum fundi aut loci alicujus ususfructus legatus est. non potest intelligi ullus ususfructus ædificii istius inchoati. Aut enim volumus usumfructum datum esse ipsius loci et fundi, in quo est ædificium, aut ipsius superficiei. Non potest ejus loci, in quo ædificium est, ususfructus intelligi; cum is locus impediatur ædificio inchoato, et id ædificium fructuario deponere non liceat. Non potest ususfructus esse superficiei. Nam inchoatæ istius superficiei nullus est usus, nisi exstructis ædibus quas liceat inhabitare. Non prius autem sunt ædes, aut etiam nulla pars ædium, quam fuerint consummatæ. *L. si is qui quadringenta*, 80. §. *ult. D. ad leg. Falcid.* Neque porro ædificium id inchoatum licet fructuario consummare fruendi caussa, priusquam ejus cœperit esse ususfructus. Quare hujus ædificii inchoati nec in præsentia, nec potestate, ejus consummandi ususfructus ullus est. Quod veteribus placuisse in proposita specie Neratius scribit. Summa autem hæc est, ut nec consummatione ædificii ejus, quod in fundo fructuario inchoatum sit, liceat fructuario ejus ædificii qualitatem mutare, et pro inchoato ædificio ædes perfectas dare.

VI. Quod tamen dicitur, fructuarium non posse rem mutare, non transformare; sic accipiendum erit, si quid instituat novi, non quo re vetere, cujus ususfructus constitutus erat, commodius utatur fruatur: sed ut fruatur nova, cujus ususfructus constitutus non est. Veluti, si fundi usufructu legato, in quo vites non erant, arvo subverso vites instituat: aut vitibus, quæ in fundo erant, evulsis, instituat silvam cæduam, ut et illic vitibus, et hic silva cædua frui possit, cum neutrius rei fructus ab initio esset constitutus. Diversum est, si quod fit, instituatur rei cujus ususfructus constitutus est, tuendæ, aut ad usum educendæ caussa, quo magis ea integra et libera frui liceat. Omnino enim ita definiendum est, quidquid est, sine quo fructuarius uti non possit, id est, sine quo non possit quod in fructu est, percipere, id illi facere ad fructum capiendum esse permittendum: quod et supra monuimus. *L.* 1. §. 1. *D. si usufruc. pet.* Idemque in omni alia servitute receptum est. Alioqui nec servitus illi conceditur. *L. si iter, D. de serv. L. servitutes*, §. *si domo, D. de servit. urban. præd.* Ex hoc genere illa concessa fructuario: reficere ædes: agrum colere: lapidicinas et fodinas, quæ sunt in fundo fructuario, exercere: has ipsas novas in fundo instituere; ædificium interdum in fundo, aut area ponere. Reficere sæpe non licet nisi re tota mutata: ut si quis reficiat parietem vitiosum, necesse habet dejicere, et novum facere. Reficere tamen potest fructuarius, et debet: quia facit re vetere, cujus ususfructus constitutus est. fruendi caussa. *L.* 7. §. *ult. D. de usufr.* Colere agrum, puta, arare, subserere vites, putare arbores non licet, nisi aut illic terra inversa, aut hic priore substantia deposita et qualitate mutata. Licent tamen fructuario hæc omnia, quia ad fundi fructuarii usum pertinent. dicta *L.* 7. in fi. *L. si cujus.* 13. §. *de præteritis*, in fin. *D. de usufr.* potest fructuarius lapidicinas et fodinas omnis generis, quæ sint in fundo, ad suum emolumentum exercere. *L. item si* 9. §. 2. *L. si cujus.* 13. §. *inde, D. eod.* Et tamen quantum ex his venit, tantum detrahit de substantia interiore fundi. Sed facit ut fruatur fodinis, non novis, et a se inductis: sed his, quæ ab initio erant in fun-

do, et quarum usufructus una cum totius fundi usufructu relictus erat. Hinc illa in his mutandæ et demendæ substantiæ rei facultas. Hoc amplius placet eum etiam novas lapidicinas et fodinas in fundo instituere posse, et ut ad eas perveniat, posse non solum partem agri non necessariam occupare; sed et utiles, si sit opus, dejicere, puta dejicere vineas, arbusta, vel oliveta, quæ fuerunt, si in eo quod instituit, plus sit reditus, quam in vineis, et reliquis quæ dejicit. *d. L. si cujus.* 13. §. *inde D. de usufr.*

VII. Sed si fodinis præsentibus, quæ latent, fruendi caussa, licet has instituere: cur non licet fructuario, ut ad eas perveniat, dejicere partes agri etiam fodinis ipsis utiliores: cum possit dici ideo illum id facere, ut fodinis fruatur? Eo fit, quia qui utiliora dejicit, quibus ante fruebatur, apparet eum non dejicere fruendi, id est, fructus percipiendi caussa, sed nocendi. Nam si fructum quæreret, habet eum uberiorem jam paratum in his quæ dejicit. Et vero non est fructus, ex quo plus est incommodi, quam commodi: cum lucrum intelligatur omni damno deducto. *L. Mucius, D. pro soc.* Fructus autem sit lucrum. Unde definitur fructus, ut sit, qui deducta impensa superest. *L. fructus*, 7. *D. sol. matrim.* Sed etsi utroque modo decretur fructuarius frui, sive retineret vetera utiliora, sive fodinas minus utiles exerceret: tamen cum utiliora dejiciendo id faciat in perniciem proprietatis; semper probandum est illud Celsi, *malitiis hominum non esse indulgendum, nec cuiquam concedendum, alteri ut noceat nullo suo lucro*, l. in fundo, *D. de rei vindic. L. si cui simpliciter, D. de servit.* Postremo ædificium quoque in loco fructuario ponere nonnunquam fructuarius potest: ita scilicet, si erit (7) ad fruendum re fructuaria necessarium; puta in fundo, si erit necessarium ad fructum percipiendum *L. si cujus*, 13. §. *si tamen*, in fin. *de usufruc.* In area, cujus ususfructus legatus sit, casam ædificare custodiæ caussa earum rerum, quæ in area sunt. *L. penult. D. eod.* Et hactenus commoda fructuarii in re fructuaria.

(7) Ita et Pinel. *ad L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n.* 54. speciale hoc esse favore fructuum, qui et alias magnus, reprehendere eos, qui facilius permitti volunt exstructionem *d. L. pen.* quam consummationem *n.* 61.

C A P. XI.

Remedia fructuario prodita juris sui tuendi gratia.

Transitio; et ratio ordinis. I.
Remedia impedimentis ususfructus opposita sunt et ipsa fructuarii commoda, et qualia. II.
Impedimenta aut præsentia, aut futura. Præsens impedimentum duplex, et quale utrumque. III.
Fructuarius rem vindicat a possidente, actione confessoria, et ab illo dejectus interdicto unde vi occupatæ rei, et fructuum restitutionem consequitur. IV.
Impedientis fructuarium in libero usu rei, quam possidet, distinctio habenda proprietarii, ab extraneo. V.
A proprietario, tanquam proprietario quæcunque fructuario objiciantur impedimenta legibus improbata pro infectis habenda; quæ hinc consectaria. VI. VII. VIII.
Ab extraneo quæ objiciuntur: ea sunt aut manu *aut* opere. IX.
Manu *aut in re aut extra rem. Utriusque exempla; et quod adversus ista proditum fructuario remedium. Conciliatur* L. 1. §. item. Juliano D. de remis. *cum. L.* 1. *princ.* et L. 5. §. utrum *in fin.* D. si ususfr. pet. X.
Opere. *Quale istud impedimentum, et contra illud qualenus cautum fructuario.* XI.
Futura impedimenta, aut ab opere cœpto veniunt necdum perfecto, aut a vicinis ædibus ruinosis. XII.
Priori opposita nuntiatio novi operis, et hæc cur non sua, sed procuratorio nomine tributa fructuario. XIII. XIV.
Posteriori actio damni infecti, et quare ista sua ipsius nomine competat fructuario. XV.

I. Commodis fructuarii cognitis sequebantur onera, ut proposuimus, si modo hæc utraque nuda proponi satis esset. Sed frustra est nosse esse commoda aliqua fructuario, nisi licet ei constituta et cognita tueri. Quare his commodis adjunctus est ille alter

locus, ut quæratur, quomodo ista conserventur. Locus secundus in omni quæstione de jure nostro, ut ante attigimus. Primum est enim, ut aliquid nobis acquiratur, quo fiat nostrum. Secundum, ut quantum sit in jure quæsito, tum hoc ipsum, quod in eo est, quomodo conservetur, cognoscamus. *L. ult. D. de leg.*

II. Conservantur commoda fructuarii, ut cætera jura, remediis idoneis adversus impedimenta ususfructus jure constitutis, quæ remedia; ut aliquoties jam diximus, et ipsa sunt pars juris nostri: ut merito inter jura et commoda fructuarii hunc locum occupent. Illa enim commoda superiora prima sunt et principalia, et si quis sponte jus suum cuique tribuat, sola. Sed quoniam non semper tribuitur suum cuique, additur ratio eorum tuendorum. Quæ pars est inferior, et velut sequela superiorum.

III. Remedia ita sunt, ut impedimenta, quæ fruenti objiciuntur. Impedimentorum genere duplex. Aut enim præsens est, aut ex caussa præsente metuitur futurum. Præsens aut eo est, quod alius rem fructuariam possidet; aut in eo, quod possidenti fructuario objicitur aliquid, quominus re fructuaria libere utatur.

IV. Alio possidente, aget fructuarius cum possessore usumfructum vindicans, ut sibi res restituatur fruendi caussa. In eam rem comparata actio confessoria de usufructu. *L. uti, §. 1. et §. ult. D. si ususfr. pet.* de qua actione postea in commune. Quod si eum prius possessionem rei nactus cœpisset uti frui; postea vi dejectus sit de fundo aut ædibus, aut cum inde exiisset non deserendi ususfructus caussa, rediens non sit admissus: utetur hoc amplius, si volet, interdicto unde vi, nominatim illi in eam rem comparato, cum generale ad eum, utpote vere non possidentem, non pertineret, quo interdicto consequetur, ut sine exceptione res sibi restituatur. *L. 3. §. unde vi, D. unde vi.* Simul et de restitutione omnium rerum occupatarum utiliter aget. Et si medio tempore aliquo casu interierit ususfructus, æque de perceptis antea fructibus utilis actio tribuitur. *L. cujuscumque 60. D. de usufr.*

V. Possidens fructuarius prohibetur uti frui aut a proprietario tanquam proprietario proprietatis jure, aut ab extraneo tanquam extraneo.

VI. A proprietario tanquam proprietario prohibetur, si proprietarius servitutem rei fructuariæ imponat: locum fructuarium religiosum faciat; servum fructuarium manumittat: siquidem jure hæc faciat: ac videntur omnia juris esse ei facultatis dominicæ. Certe de his ita jus est, ut servitutem prædio imponere possit, qui est prædii dominus. *L. 1. D. comm. præd.* Locum religiosum facere loci dominus. *§. religiosum, Institut. de rer. divis.* Servum manumittere item servi dominus. *L. 3. C. de his, qui a non dom. manum.* Sed hoc impedimentum in hac specie fructuario metuendum non est. Adversus hunc metum sic juris ratio est. Licet proprietario de re fructuaria ut vere sua quidquis statuere: sed quod usumfructum non offendat, ut (1) proprietatem alienare; proprietatem pignori obligare; servum noxæ dedere: quæ omnia salvo semper usufructu contingunt. *L. locum. 17. §. pennlt. D. de usufr. L. 2. C. eod.* ut servitutem imponere, qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti, si talem servitutem vicino concesserit; jus sibi non esse altius tollere. *L. nisi, 16. D. eod.* Ut autem conditionem fructuarii deteriorem faciat, nihil illi licet facere. Si faciat, quia contra jus facit, pro infecto est. *L. non dubium. C. de legib.* ut jam hic remedium quærendum non sit ad ea infirmanda, mutandave, quæ nulla sunt. Proinde nec locum fructuarium potest religiosum facere, nec servitutes, quæ usum rei onerent, imponere invito fructuario. *L. sed si quid, 15. §. ult. D. de usufr.* Non quod proprietarius dominus non sit; est enim vere dominus, et omni ex parte, quamvis usumfructum non habeat: *L. recte, D. de verb. signif.* sed quia hactenus est dominus, ne alterius conditionem in ea re faciat deteriorem, quod et naturali et civili ratione facere prohibemur in rebus omnibus. *L. solvendo, D. de neg. gest.*

VII. Quid, consentiente fructuario an non recte ista faciet proprietarius? Valde consentaneum videbatur posse eum facere. Nam si metuimus, ne hic fiat fructuarii conditio deterior, non est, quod in consentiente id metuamus: cum non fraudentur, qui sciunt non consentiunt. *L. nemo videtur, D. de regul. jur.* nec debeat quod certa de caussa interdictum est, caussa deficiente ei juri locus esse. *L. de eo. L. quid enim, seq. D. de jud.* Sed et hoc ne quid istorum in perniciem fructuarii fiat, totum fructuarii caussa constitutum est. Licet autem unicuique juri pro se introducto renuntiare. *L. penult. C. de pact.* Licet unicuique deteriorem conditionem suam paciscendo fa-

(1) *L. 3. §. ult. Us. quem. cav. L. fundi 38. de Us. leg. Gemer. 2. lies. 15. n. 9.*

cere. *L. pactum*, *D. eod*: Et tamen quod mirum videri possit, adversus hæc omnia de servitute scriptum est in *d. L. sed si quid* 15. in fin. *de usufruct.* proprietatis dominum ne quidem consentiente fructuario imponere posse servitutem. An quod proprietarius non plene dominus est, quia usumfructum non habet? Sed non eo minus in solidum dominum esse diserte traditur in *d. L. recte, de verbor. significat.* An ergo potius superiora vera non sunt, consentientem non fraudari; consentienti non licere jus suum remittere? Immo verissima omnia in eo, cujus consensum jus non improbet; nam contra jus nullus consensus, nullum pactum ratum est, *L. jurisgentium*, §. *ait prætor*, *D. de pact.* Atqui hic consensus, qui proponitur, talis est. Sic enim est regula juris, qui alienare non potest, nec si alienanti consentiat, ratam ejus habendam voluntatem, id est, jure eum inutiliter consentire. *L. cum quas, D. de regul. jur.*

VIII. Servitutis porro imposito genus est alienationis. *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Quapropter si fructuarius servitutem imponere, et hactenus rem alienare non potest; nec imponenti (2) consentire utiliter poterit, prohibente regula superiore. Constat autem fructuarium servitutem prædio imponere non posse. Solus enim hanc imponere potest dominus. *L. si quis duas*, in princip. *D. comm. præd.* fructuarius autem rei fructuariæ dominus non est, *d. L. recte, D. de verbor. significat.* Ex quo efficitur, nec posse eum imponenti servitutem utiliter consentire: cujus in hac re ut alienationem, ita et consensum de alienatione jus repudiet. Hæc ratio faciebat, ut proprietarius nec locum religiosum facere posset, quanvis consentiente fructuario, nam et hæc maxime dominii alienatio est. Sed contra placuit favore religionis, *d. L. locum.* 17. in pr. *de usufr.* Quo exemplo idem admittemus et in libertate, ut possit et proprietarius, consentiente fructuario, servum fructuarium manumittere; favore scilicet libertatis, nam libertas omnibus rebus favorabilior habetur. *L. libertas omnibus, D. de reg. jur.*

IX. Ab extraneo ut extraneo, ac proinde nullo ne in speciem quidem proprietatis jure, prohibetur uti frui fructuarius alioqui rem possidens, iisdem modis, quibus dominum re sua uti volentem prohiberi eo u-u supra diximus *libro nono Cap.* 9. nempe aut manu, aut opere facto.

X. Manu, si quis eum prohibeat ea facere, sine quibus uti frui non potest. Quod et in re ipsa fieri potest, et extra rem. In re ipsa, puto fundo aut ædibus, si quis prohibeat eum reficere ædes, agrum colere, fructus colligere, et similia, quæ commemorantur in *L. vim facit, D. unde vi*, *L. qui pendentem, D. de actionib. empt.* Adversus hoc genus impedimenti est actio confessoria, quæ et possidenti datur, et datur in hoc, ut fructuarius consequatur liberam fruendi potestatem. *L. pen*, §. *ult. D. si usus. pet.* Extra rem prohibetur, si prohibetur importare necessaria ad refectionem. Quod cum fit, etiam videtur fructuarius prohibe-

(2) Ita et Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 7. *n.* 4. referente nec probante Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 35. *n.* 10. qui eo C. varias variorum rationes expendit, nec ipse tamen, ut videtur, feliciter se expedit dum *n.* 15. *et seq.* rationem in eo ponit, quod neuter perfecte sit dominus, nec consensus fructuarii jus proprietatis integrum faciat, dum manet ususfructus. Quæ ratio si vera, nec imponi posset servitus non nocitura fructuario. Quid quod nec socio in re communi plenum jus est. Consentiente tamen socio servitutem constituere licet, vid. *L.* 11. *C.* 9. Sane Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat. P.* 2. *n.* 74. hanc receptam sententiam, (quæ et nostri est) ex vulgari lectione ac expositione *d. L.* 15. §. *ult.* summe miratur, ut juris rationibus et sensui communi adversam. Nec abs re certe. Ideoque adjecta negatione legit, *imponere non potest*, ut sensus sit, non consentiente, sed refragante fructuario, non posse dominum imponere. Sic congruere putat restrictionem, quæ in *L.* 16 *nisi deterior* etc. Tunc enim constitutio servitutis nec dissensu fructuarii impeditur. Et probat P. Busius *ad L.* 15. §. *ult.* Sed præterquam quod leges corrigere non est difficultates componere, facile apparet non convenire huic sensui verba, *ne quidem* quæ aperte arguunt extensionem, et resistit *L.* 17. *pr. h. t.* ubi speciale favore religionis, convincens regulam haberi contrariam. Quæ Lex et Connani 4. *Comm.* 3. *n.* 3. expositionem convellit, qui lectione non mutata sic accipit *d.* §. *ult.* Proprietaris potest servitutem imponere etsi fructuarius dissenserit. Sed hoc in *seq. l.* declarari, ut tum obtineat quando deterior conditio non fit, ubi vocula *nisi* idem significet quod *duntaxat*. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 8. *n.* 2. rationem reddit, quia servitus servitutis constitui nequit. At hac ratione erit servitus ususfructus si imponitur fundo cujus ususfructus est alterius. Objic. At sic nec servitur non nocitura imponi poterit, contra *d. L.* 15. Resp. Vital. *n.* 4. Si non deterior conditio fructuarii redditur, proprietatem respicit servitus, nihilque ad usumfructum pertinet, in quo nihil constitutum est, et tunc propietas sola est, quæ servitutem debet. Aliter Jo. superior *in L.* 2. *de serv. n.* 3. et aliter, Sc. Gent. *de Bon. mat. C.* 16.

ri reficere. *L. veteres, D. de itin. act. priv.* Ut hic quoque eadem illa sit obtinendi juris sui ratio, quæ supra. Sed et tunc prohibetur maxime, quanvis extra rem, eum prohibetur uti servitutibus prædio fructuario debitis: Inde et adversus id impedimentum eadem illi actio et vindicatio confessoria: non tamen, ut vindicet ipsas servitutes, id est, vindicet recta et principaliter; eum actio confessoria de servitute prædii non competat nisi prædii domino. *L. 1. D. si serv. vind.* sed ut vindicet usumfructum; qua vindicatione etiam illud continetur per consequentiam, ut vicinus pati debeat fructuarium quoque ire agere, et reliquis servitutibus uti, quoniam qui his prohibeatur, idem prohibeatur uti frui. Hoc Ulpianus in L. 1. in princ. *L. pen. §. pen.* in fin. *D. si ususfr. pet.* Cui autem contrarium idem probare videtur in *L. 1. §. 1. D. de remis.* scribit enim Juliano placere, in qua etiam sententia manet, fructuario vindicandum servitutum jus esse. Sed nihil hic contrarii. Fructuarius vindicabit servitutes. Hoc ipsum dicit et is, qui dicit eum vindicare posse usumfructum servitutum consequendarum caussa. Sic enim et per consequentiam vindicat servitutes. Hactenus ergo utrumque convenit. Tantum hoc quæritur, quomodo possit vindicare, rectane, an per consequentiam ipsum fructum vindicando. Hoc ille explicat in *d. L. 1.* in princip. et *d. L. pen. §. 1. si ususfr. pet.* quod eum ad remissionis caussam non pertineret, prætermisit in *d. L. 1. §. 1. de remiss.* Solum hoc videri potest contrarium, quod in *d. L. 1.* et *d. L. penult. §. 1.* simpliciter negat fructuarium vindicare posse servitutes prædii. Idem in *d. L. 1. §. 1. de remiss.* simpliciter ait posse vindicare. Sed nihil vetat idem verbum alibi proprie et specialiter accipi, alibi paulo generalius, non tamen eo inspecto, quod instituitur, quam effectu. Proprie (3) non vindicat servitutes prædii, qui vindicat usumfructum: cum scilicet id spectamus, quod fit primo et principaliter. Atqui id se sentire Ulpianus declarat in *d. L. 1.* et *d. L. pen.* cum sententiam suam postea ita interpretatur. At si effectum rei spectamus, ut hunc quoque numeremus in vindicatione, etiam tunc videtur servitutem prædii vindicare, cum vindicat usumfructum: quia hac vindicatione etiam servitutes consequitur.

XI. Opere facto prohibetur fructuarius uti frui, si quis puta ædificium posuerit in fundo aut area, si fossam fecerit; si aggerem duxerit; si immiserit in eum fundum fimum aut rudera. Adversus hujus generis impedimenta est fructuario interdictum quod vi aut clam in id, quod ejus interest opus factum non esse. *L. semper, §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* Est etiam in eamdem rem vindicatio ususfructus, id est, confessoria actio ue usufructu. *L. 1.* in fin. *D. de op. nov. nunt.*

XII. Hæc de præsentibus impedimentis dicta sunt. Est etiam, ut proposui, cum ex caussa præsente metuatur futurum. Metuitur autem aut ab opere cœpto nondum perfecto, aut ab ædibus vicinis ruinosis.

XIII. Opus cœptum nondum factum, si in prædio fructuario cœptum sit, inhibetur operis novi nuntiatione, ne fiat. *L. 1. §. 1. D. de oper. nov. nunt.* Placet et fructuarium opus novum nuntiare posse. Hoc Ulpianus in *L. 1. §. 1. D. de remiss.* sed eum (4) distinctione, quæ alibi ab eodem posita est, et exstat in *L. 1. §. ult. D. de opnator.*

(3) Cujac. 1. *Obs.* 16. Hot. *Amic.* 16. Govean. 2. *Var. Lect.* 27. Cisner. *in Comm. ad L.* 15. *de Op. no. nunc. pag.* 13. *et seq.* Jo. Superior *ad L. ult. de Servit. n.* 4. Pac. 2. *Q.* 19. putant tantum referri sententiam Juliani in *d. L. un.* §. 4. quæ non obtinuerit; itaque antinomiam strenue admittunt. Absurdum enim est, inquit Cujacius, ut cui non est fundi vindicatio, ei sit juris fundo debiti, et verba apud Julianum interpretatur in notis ad Julianum, ubi eum taxat Marcellus. Sed refellit Rob. 2. *Rec. lect.* 12. ex *d. L. pen.* §. 1. ubi Juliani sententia proponitur. Quis vero admittet, quod P. Pithœ. *in not. ir.* 2. *collat. LL. Mosaic. in fin.* contendit verba illa *non servitutem d.* §. 1. quamvis a proposita illic quæstione aliena sint (quod non ita est) ideo tamen adjecta ad Ulpianum, ne sententiam Juliani de servitute a fructuario vindicanda probasse arguator. Conras. *ad L. ei* 16. *de serv.* Resp. habere vindicationem servitutum non suo, sed domini nomine, sicuti et opus novum nunciat Costal. *ad d. L.* 16. et Rob. *d. C.* 12. non dari fructuario directam servitutum ipsarum vindicationem *d. L.* 1. *pr. d. L. pen.* §. 1. dari utilem *d. l. un.* §. 4. per *L.* 2. §. *ult. Si serv.* et Arg. *L.* 22. *pr. de aq. pl. arc.* Sed ex *d.* §. *ult.* hæc distinctio omnino convellitur, cum manifeste discrimen illic, ratione adjecta, inter actionem confessoriam et interdictum constituatur et ex *ad d. L.* 2. §. 1. Rectius itaque noster, et convenit Arum. *ex Just.* 5. *Th.* 23. M. Lyclama *L.* 2. *Membr. ecloga* 11. vindicari debere usumfructum, cujus vindicationis vi simul servitus vindicata.

(4) Ita et Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 7. *n.* 20. Gomez. *in L. Cauri* 46. *n.* 25. quia licet fructuario jus in re, tamen debile nec

per. nov. nuntiat. ut opus novum nuntiare non possit suo nomine; sed procuratorio possit. Suo nomine non potest; quia operis novi nuntiatio sine satisdatione adversarii, aut remissione nuntiationis inhibet opus aut in perpetuum, aut in longius tempus. Est autem absurdum in aliquo loco inhiberi in longum tempus ab eo, quem constet in eo loco in tam longum tempus jus non habere.

XIV. Talis est autem fructuarius: qui cras mori potest. Ac tum statim finitur ususfructus. Quam ob caussam mirum non debet videri, si cum ususfructus nomine, operis novi nuntiatio non sit fructuario: tamen et aliarum servitutum caussa, quæ prædii sunt, concedatur, si vicinus forte contra servitutem ædificet. *L.* 3. §. *penult. D. de pupillo*, §. *et belle, D. de oper. nov. nuntiat.* Ususfructus enim sæpe momentarius est: servitutes prædii sunt perpetuæ. *L. foramen, D. de serv. urban. præd.* certæ prædii sunt, seu prædio debentur. *L. si mihi*, in fin. *L. unus. D. de servit. rustic. præd.* Ipsum autem prædium perpetuum. Jus ipsum quoque domini in eo prædio perpetuum. Sed quod fructuarius suo nomine hic facere non potest: procuratorio poterit, ut tanquam mandatu domini opus novum nuntiet, et procedat nuntiatio. Nullum quidem hic mandatum domini de ea re apertum proponitur. Sed satis intelligitur ex eo, quod res data est fructuario fruendi caussa. Hoc enim ipso commissa est ei cura et custodia diligens rei fructuariæ. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. usufr. quem cau.* Non potest hæc cura et custodia esse ad rem adversus opus futurum tuendum, nisi liceat fructuario nuntiatione opus novum inhibere. Quare custodiæ mandato etiam operis novi nuntiationis mandatum contineri intelligitur: ut semper re aliqua data, simul quoque ea concessa esse videntur, sine quibus ea res explicari non potest. *L.* 2 *D. de jurisdict.* Sit quis opus instituat in suo, nulla est actio inhibendi operis, nisi per actionem aquæ pluviæ arcendæ; tum scilicet, cum manu facto opere metuitur, ne aqua pluvia nobis noceat. *L.* 1. §. *hær autem, L.* 3. §. *pen. D. de aq. pluv. arc.* Sed placet fructuarium aquæ pluviæ arcendæ agere non posse. *L.* 3. in fin. *D. de aq. plua. arc.* credo, ne is qui dominus non est, eum qui vere dominus est, in suo quid facere prohibeat.

XV. Adversus periculum ruinosarum ædium remedium est, ut quis stipuletur a domino ædium damni infecti. Placet fructuarium et suo nomine hoc remedio uti posse, ut damni infecti utiliter stipuletur. *L. qui bona*, §. *superficiarum. D. de damn. infec.* Nec mirum hoc potius remedium, quam operis novi nuntiationis, aut aquæ pluviæ arcendæ illi concedi. Nihil enim hac cautione inhibet, quod noceat domino, et opus ejus retardet: sed tantum sibi consulit, et quidem in eum casum quo forte usufructu adhuc manente ædes collapsæ aliquid damni ei dederint.

perpetuum, cum morte perimatur. Nec igitur cum Cujacio et aliis ut *N. præced.* dicendum, referri in *d.* §. 4. Juliani sententiam, non probari, quod notat Rob. 2. *Rec. Lect.* 12. volens fructuarium, non directe, nec ut vere dominum nunciare, sed utiliter, oblique et quasi domini loco. Vaud. 1. Q. 53. *n.* 8. postquam uti vindicatione servitutis petiit, patere aditum ad nunciationem. Marc. Lyclama *l.* 3. *Membr. eclog.* 10. ex formula vindicandi cognosci quomodo nunciare novum opus possit fructuarius. Nam si ab extraneo usumfructum vindicat negatoria actione, intendit jus ei non esse fruendi etc. Quare et secundum hoc nunciat opus novum extraneo, intendens jus ei non esse. Ex. gr. altius ædificandi. Hoc quia facere nequit nisi ex persona domini, ideo procuratorio nomine *d. L. 1.* §. *ult.* quod non repugnat *d. L. un.* §. 4. Sed ex eo infertur. Fit novi operis nunciatio in rem *L.* 10. *de op. no. nunc.* In rem jus non habet fructuarius, nisi procuratoris nomine. Vindicat usumfructum ab extraneo tanquam dominus, arg. *L.* 22. *pr. de aq. pl. arc.* Ergo et nunciat tanquam dominus, ideoque nomine domini. Contra dominum autem ipsum nunciatio inutilis *L.* 2. *de op. no. nunc.* quia adversus illum non potest agere negatoria ex. gr. jus ei non esse altius tollendi, sed debet petere usumfructum actione confessoria. Contra vicinum potest procuratoris nomine. Non contra dominum, quia ageret ut dominus contra dominum, etc. Ita Lyclama, qui præsupponit contra extraneum non dari actionem confessoriam, et ex formula intentionis confessorias et negatorias actiones æstimare videtur, *de quo C. seq.*

CAP. XII.

De confessoria actione, ususfructus persequendi caussa.

Quid sit actio confessoria, et quamobrem ita dicta. I.
Quatuor in hac actione præcipua rerum capita seu partes spectandæ; et quæ. II.
Cui competat; et cur soli habenti usumfructum. et huic etiam possidenti ultro detur; domino non item. III.
Quos contra institui debeat, unde æstimetur: tria genera illorum, adversus quos competit hæc actio. Quinam illi. V. VI.
Petitio hæc cujus rei gratia instituta, seu quot numero et qualia in hujus actionis petitionem veniant. VII.
Sed immo tota petitionis hujus ratio commodius ex Judicis officio æstimanda, et vicissim. Quæ utriusque cognitionis affinitas. VIII.
Judicis officium quale. Quatenus ex illo absolutio, sive condemnatio consequatur. IX.
Duo sententiæ, quæ inest officio Judicis, præcipua capita et quæ. X.
Tria iterum condemnationis munia, seu partes. XI.
1. *Ut reus, quandocumque possidet, restituat: alias a vi facienda abstineat: in judicem, et imperata contumax quantum ex nomine damnabitur, reddat.* XII.
2. *Ut æstimationem ejus, quod facto suo aberit fructuario, præstet.* XIV.
3. *Item omnem causam, rei nempe usumfructum, et fructus antea perceptos, et percipiendos non possidenti fructuario restituat.* XV. XIII.

Conclusio capitis, et methodi ratio. XVI.

I. Ex his, quæ de impedimentis præsentibus ad impediendum usumfructum comparatis supra diximus, apparet alia atque alia remedia prodita esse fructuario pro genere impedimenti. Unum commune esse omnium, si quis eo uti velit, confessoriam actionem de usufructu. Argumentum *Tituli Digestorum si usufr. pet.* de qua in commune, quod ad hunc locum satis sit, breviter attingemus. Confessoria actio est in rem actio, prodita de servitutibus omnibus, et maxime de usufructu, intendentibus nobis servitutem nobis competere, seu nostram esse. *L. 2. D. si serv. vind.* Dicta confessoria, quod per hanc (1) confitemur, idest profitemur, et affirmamus, servitutem esse nostram. Verbum additum discretionis explicandæ caussa, quam in hoc genere actionum intelligi volumus. Hæc enim actio in rem, non est sola de servitutibus: sed est etiam de iisdem servitutibus actio negatoria, prodita domino neganti se servitutem debere. *d. L. 2. si serv. vind.* Ut igitur actionem in rem de servitute nominantibus nobis, intelligeretur, utram diceremus, nomina cuique propria attributa sunt, quibus hæc genera discernerentur, ut ex re prior diceretur confessoria, posterior negatoria. Hac de caussa in actionibus in rem, quæ de rebus corporalibus competunt, non nominatur actio confessoria: non quod, qui rem corporalem vindicat, seu qui de re corporali in rem agit, non affirmet itidem rem suam esse, ut, qui de servitute agens affirmet servitutem esse suam; quod quidem præcipue fit in controversiis rerum corporalium: *L. actionum, D. de obligat. et action.* sed quia in actione in rem de rebus corporalibus verbo confessoriæ ad actionem demonstrandam opus non fuit. Nulla est enim (2) in his actio negatoria. §. *æque*, in fin. *Instit. de action.* Unde frustra, quæ

(1) Non quod detur adversus confitentem, ut actio de damno dato *L. 23. §. ult. L. 25. in fin. ad L. Aq.* sicuti interrogatoria, quæ contra respondentem ad interrogata, *L. ult. de interr. in Jur. fac.* Sed quod confitenti, id est asserenti, intendenti jus sibi competere, detur *L. 2. pr. L. 4. §. 1. C. ser. vend. L. 5. §. ult. h. t.* ita Nicol. Cisner. in *Comm. ad L. 15. de op. no. nun.* fere initio.

(2) Rationem scite reddit Theoph. *in §. 2. I. de act.* Rub. 1. *Rec. Lect.* 18. *pag.* 111. Nam si illic intendens actionem negaret rem alterius esse, nullus sequeretur effectus. Neque ideo magis actorem dominum declarari, eique rem adjudicari convenit, cum possit res neutrius esse, nec ista negatione ullum jus neganti vel ex consequentia asseratur. Ast in servitute ex consequentia negando nobis adserimus jus libertatis *L. 4. §. pen. Si ser. vind.* et Cisner. *ad d. L. 15. pag. 5. et seqq.* Qui contendit, rem posses-

in his in rem actio est, diceretur confessoria discretionis caussa, ubi nulla actio est in rem, a qua discernatur, aut discerni debeat.

II. In hac actione, ut in cæteris in rem, quatuor hæc spectanda sunt: quibus velut partibus constat hoc genus persecutionis, Cui competat, Adversus quem, Quid petat, et in eo Quodnam sit ad id præstandum, vel denegandum officium judicis.

III. Confessoria de usufructu competit ei, qui usumfructum habet. Solus enim hic intendere potest, uti frui jus sibi esse ut est in *L. pen.* in pr. *D. si usufr. pet.* Usumfructum hic proprie dicimus, et eum de quo hucusque agimus; id est, usumfructum a proprietate separatum: usumfructum servitutem. Dominus in re sua usumfructum habet; sed non eum, quem proprie ita vocemus; non enim eum, qui per se consistat a proprietate separatus. Itaque proprie nihil habet nisi proprietatem, cujus pars est id jus utendi fruendi, quod in re sua sibi vindicat. Quapropter si res ejus possideatur ab alio, quo impediatur uti frui, rem ipsam vindicabit, non usumfructum. Si possidenti fiat ususfructus controversia, aget negatoria non usumfructum vindicans, sed se debere negans, asserendæ plenæ proprietatis caussa, *d. L. pen.* in pr. Quod dicimus eum hac actione uti, qui habet usumfructum, eam significationem habet, ut sive quis nunquam usumfructum habuerit, sive habuerit, qui legitimo tempore aut aliter sit amissus, huic hæc actio non competat. *L.* 3. *D. si usufr. pet.*

IV. Proprium hoc hujus actionis, sive de usufructu agatur, sive de aliis servitutibus, ut non tantum ei competat, qui rem fructuariam, aut aliam servitutem non possidet, sed etiam ultro possidenti detur. *d. L. penult.* §. *ult. D. si usufr. pet. L. etsi forte.* §. 1. *D. si servit. vind.* Aliter, atque in actionibus, in rem de rebus corporalibus. Quo in genere nunquam actio in rem ultro possidenti datur. *L.* 1. §. *penult. D. uti poss.* In caussa est rerum ipsarum conditio. Nam res corporalis cum tenetur, possidetur ab aliquo, ita tenetur, ut quandiu id fit, ab alio teneri non possit. *L.* 3. §. *ex contrario. D. de acq. poss.* Ideo recte dicitur in *d. L.* 1. §. *penult. D. uti poss.* in his rebus non dari possidenti actionem, quia sufficiat ei, quod possidet. At actione confessoria petitur ususfructus, et reliquæ servitutes, id est, jura. Horum possessio natura nulla est: quasi possessio eorum omnis in usu consistit. *L.* 1. *D. quan. di us. leg. ced. L. viæ. D. de servit.* Porro hic usus etiam ei, qui in possessione sit, varie ab aliis usurpari potest, et prohiberi is, cui servitus debetur, ne servitute utatur ut supra ostendi. Ut appareat in hoc genere non sufficere servitutem possidenti, quod possidet. Hinc adversus hoc impedimentum comparata actio etiam possidenti. Plura in hanc sententiam scripsimus *ad* §. *æque Inst. de act.* unde si cui videtur, petere licebit.

V. Adversus quos competat hæc actio de usufructu, ex genere impedimenti æstimandum est. Alias possidetur res ab alio, aut perinde habetur, quasi possideretur. Alias possidenti fructuario vis fit, quominus utatur fruatur.

VI. Hinc tria genera eorum, adversus quos hæc actio competit. Primum si quis rem fructuariam possidet: non tantum si sit dominus, qui alioqui usumfructum propria obligatione præstare debuit: sed etiam extraneus quivis possessor, cum quo nihil unquam rei fructuario fuerit, *d. L. pen.* §. 1. *si usufr. pet.* Hoc ex natura actionum in rem, quæ semper adversus possessorem sunt quanvis nullo jure nobis sit obligatus. *L. actionum, D. de obl. et act.* §. 1. *Instit. de act.* Alterum, si quis est, qui pro possessore rei fructuariæ habeatur. Quo in numero jure sunt duo: qui dolo desiit possidere, et qui agenti fructuario liti se obtulit: quasi possideret. Indicantur bi leviter in hac actione in *D. ult. D. si usufr. pet.* apertius in vindicatione seu actione in rem de rebus corporalibus in *L. hui petitorio*, in princ. *L. is qui se obtulit*, *D. de rei vind.* congruit regula juris. *L. parem. L. qui dolo. D. de regul. jur.* Tertium genus, si quis cum nec possideret, nec pro possessore haberetur, ut superiores, possidenti fructuario vim facit, quominus re fructuaria et ejus jure libere utatur fruatur, sive in re ipsa fruenti obstet, sive extra rem prohibeat eum uti servitutibus rei fructuariæ debitis, ut supra diximus. *L.* 1. in princ. *L. penult.* §. 1. *si usufr. pet.*

VII. Petitio hujus actionis propria est, adversus eum quidem, qui rem possidet, ut res actori restituatur possidenda fruendi caussa

soris non esse magis de alieno, quam de suo experiri videtur. Facit *L.* 16. *de exc. rei jud. L.* 11. *de jurejur.* At in controversia servitutum agitur de affectionibus prædiorum, et negans servitutem agit de jure libertatis, add. Ant. Fab. 20. *Conject.* 13. *pag.* 129.

sa. *L.* 3. *si ususf. pet.* adversus eum autem, qui fructuarium possidentem uti prohibeat, ut desinat vim facere, et fruendi facultatem liberam relinquat fructuario, *L. pen.* in fin. *D. eod.* Præter hæc adversus utrumque, ut si quid damni ab eo datum est, si quid per eum abest fructuario, ut damnetur in id, quod fructuarii interest. *L.* 1. in fin. *D. de op. nov. nunt.* Caussa omnis accedet, in qua erunt et fructus rei ab alio possessæ. Atque hæc, sive petita sit, sive nominatim non sit petita. Petitione enim rei omnia ea, quæ ex re esse possunt, simul in judicium deducta intelliguntur. *L. penult.* §. *in his*, §. *si post. D. si ususfr. pet. L. præterea*, *D. de rei vind.*

VIII. Sed hæc omnis petitio qualis esse debeat, intelligetur certius ex officio judicis, si quale id sit in hac actione, cognoverimus. Hæc enim mutuam operam præstant in cognoscenda natura actionis; petitio actionis; et officium judicis. Quod recte petitur, id ipsum sententia judicis præstari debet, nec in aliam rem esse debet condemnatio judicis, unde ex petitione intelligitur officium judicis. *L. ult.* §. 1. *C. de fideic. lib. L. ut fundus. D. com divid.* Et vice versa, si quid officio judicis præstandum esse dicitur, id ipsum intelligimus, esse, quod recte petere possimus, si quidem de eo aliqua sit actio. Ut, in hac actione Ulpianus ait esse officium judicis, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam: proprietatis dominus, ne inquietetur. *d. L. pen.* in fin. *si ususfr. pet.* Atqui id ipsum est, quod hac actione petitur. Ideo sub *Tit. si ususfr. pet. D.* de officio judicis tantum legimus: nihil de actione et persecutione hujus actionis.

IX. Officium ergo judicis in hac actione tale est. Actore fructuario (3) intentionem suam implente, ut plurimum reus condemnandus est. Est tamen interdum, cum absolvi debeat. Alias ex persona actoris, si post litem contestatam fuerit finitus ususfructus, quo casu de damnis tantum et fructibus præteriti temporis sententiam ferri oportet. *L. pen.* §. *si post. D. si ususfr. pet.* Alias ex persona ejus cum quo agitur, si is tanquam possessor conventus desierit possidere sine dolo: forte quia res ei evicta est judicio ab alio. *L. ult. D. si ususfr. pet.* Quod et in actione in rem de rebus corporalibus servatur. *L. sin autem* §. 1. *D. de rei vind.* Quod si utrumque concurret tempore rei judicandæ, ut actor usumfructum adhuc habeat, et reus tanquam possessor conventus vel possideat, vel pro possessore habeatur: sententia judicis spectare debet ad condemnationem et præstationem ejus, quod petitur.

X. Hic sententia duo summa continere debet in officio judicis, pronuntiationem de jure petitoris, et condemnationem, quam quærimus. Primum hoc in officio judicis ut sententia sua declaret usumfructum esse actoris, ut intendit: et generaliter in omni actione in rem sive de servitutibus, sive de rebus corporalibus, declarare ante omnia debet, rem esse actoris, quæ petitur. De servitutibus est in *L. sicut*, §. *sed si quæritur*. *D. si serv. vind.* de rebus corporalibus est in *L. et ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind.* Hanc declarationem sequitur condemnatio horum judiciorum propria.

XI. Ea tria fere capita continet: Unum de re fructuaria restituenda; alterum de eo quod abest fructuario opera adversarii, dum ab eo uti frui prohibetur tertium de fructibus, et omni caussa, quæ litem contestatam secuta est.

XII. De re restituenda hæ sunt partes judicis. Si reus possessor est, aut sic accipitur, quasi possideret, jubebit eum judex rem restituere, et in ea usumfructum. Si reus tantum possidenti vim facit, jubebit eum desistere a vi facienda, et permittere actori liberam fruendi facultatem. *L.* 3. *L. pen.* in fin. *D. ususfr. pet.* Et hactenus in hac re versatur imperium judicis: quod in actionibus in rem dicitur jussus et arbitrium judicis. *L. qui restituere*, *D. de rei vind. L. arbitrio, D. de dolo.* Huic jussui si paret reus, evitat contumaciæ pœnam, quam nova condemnatio circa rem ipsam petitam exceptura erat. Si non paret; hæc est condemnatio, ut si quidem non paret dolo molo, quantum adversarius in litem juraverit, tanti damnetur: si non dolo non plures damnetur, quam quanti res est. *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.*

XIII. Neque hæc tunc solum santentia et condemnatio est adversus possessorem, aut eum qui pro possessore habetur, cum ad tempus usque rei judicatæ constitit actori suus ususfructus: sed et cum post litem contestatam factu possessoris tempore amissus est, dum propter adversarii possessionem aut frustrationem non licet fructuario re frui. Quo casu ususfructus restituendus est, et renovandus actori, ut caussa ei præstetur, id est id, quod habiturus esset, si statim

(3) Quæ probanda sint confessoria experienti, et ad quæ condemnatio fiat Jo. del C. tillo *de Usufr. Cap.* 7. *n.* 5. *t.* 7.

tempore litis contestatæ restitutus esset ususfructus. *L. pen.* §. *pen. D. si ususfr. pet. L. si post. L. præterea D. de rei vind.* Et quoniam si agetur cum eo, qui se liti obtulit, fieri potest, ut alio possidente et usucapiente libertatem ususfructus res ab eo libera pignori data sit: placet recte desiderari a reo, ut non solum usumfructum ita amissum renovet, sed etiam caveat de evictione in eum casum, si res, uti supra dixi, pignori data erit. *d. L. pen.* §. *pen. D. si ususfr. pet.* significatur idem in *d. L. si post, de rei vind.*

XIV. Si quid facto adversarii aberit fructuario, dum aliquo modo prohibetur uti frui: id judex æstimabit, et damnabit reum in eam summam; quam dicimus id esse, quod interest, *L.* 1. in fin. *D. de op. nov. nunt.*

XV. Sequetur caussa, in quam semper rerum damnari oportet. *d. L. præterea, de rei vind.* Hac continentur præter usumfructum tempore amissum, de quo supra dixi, fructus rei petitæ, sive quos percepit reus, sive quos percipere potuit: in quorum æstimationem et ipse hac actione damnabitur. *d. L. pen.* §. *in his*, §. *pen. D. si ususfr. pet. L. fructus, D. de rei vind.* Sed ita demum, inquit Ulpianus, si non sit possessor, qui agit, ut possessori quoque hanc actionem competere ante diximus. Quod si possidebit, nihil fructuum nomine consequetur. Merito: nam si percepit fructus, non debet petere, quos habet. Si non percepit, cum posset, ipsius culpa est: ac propterea juxta regulam juris factum ei suum, non adversario nocere debet. *L. factum cuique, D. de reg. jur.*

XVI. Hæc brevis summa est actionis confessoriæ. Quæ quia accommodata est tota ad jus fructuarii, ideo visum est eam hoc loco attingere, non differre longius; partim ut juris fructuarii tuendi ratio nota esset, de qua hic agebatur; partim ne hujus actionis tractatio longius remota a jure fructuarii, a quo pendet, aut minus perciperetur; aut eadem illic inculcanda essent de hoc jure: quæ jam ante eodem loco, certe conjunctim exposita habemus. Idem et in Pandectis compositores earum secutos videmus. Etiam de servitutibus, eoque et de usufructu actio negatoria prodita est: sed domino neganti se usumfructum debere. *d. L. pen.* §. *ult. D. si ususfr. pet. L.* 2. *si serv. vind.* Sed de jure domini et proprietarii paulo post. Nunc de fructuario agimus.

CAP. XIII.

Onera fructuarii in re fructuaria, quæ. Inter cætera maxime, De refectione ædium fructuariarum: De sartis tectis tuendis: De substituendis arboribus in locum demortuarum: De supplendo fructuario grege.

Transitio ad onera fructuarii. I.
Ordine et dignitate primum fructuaria cautio. Ejus tractatio cur posteriori loco reddita. II.
Onera fructuarii cætera aut in faciendo, *aut* in non faciendo *consistunt.* III.
Prioris ordinis illa: ut ne proprietati noceat; neve utatur fruatur præter rei conditionem atque usum fructuarius: quæve ex hoc posteriori capite cavenda fructuario. IV. VI.
Proprietati duobus modis nocetur, et qui illi. Utrinsque nomine cautio præstatur; et actio talis competit cujusmodi est adversus ista peccatum. V.
In faciendo *proprie onera consistere. Cujusmodi genera tria; et quæ.* VII.
Tuenda res accipitur fructuario: duæ tuitionis partes; et quæ. VIII.
Diligens fructuariæ rei custodia: quatenus hæc fructuario necessaria; et quibus in rebus ipsa versetur; et quot ex causis teneatur isto nomine fructuarius. IX. X.
Item sarciendæ et reparandæ rei cura hæc fructuarii propria, et quare. Quot et qualia reparationis onera. XI. XII. XIII.
Tria ex iis oneribus explicanda diligentius, et quæ ista. XIV.
1. *Ædium refectio: Hæc qualis, seu quæ sarta tecta habere debeat fructuarius; et quam et quatenus ea hac parte culpam præstet.* XV. XVI.
2. *Substitutio arborum: facienda dumtaxat, in locum demortuarum et quare: non vero tempestatis aut alia externa vi dejectarum: ratio differentiæ.* XVII. XVIII.
3. *Gregis suppletio, seu summissio.* XIX.

Ad supplendi gregis onus præstandum tria necessaria. XX.
Ut sit non ovium singularum, licet maximo numero, et unica oratione, sed alicujus universitatis, seu gregis legatus ususfructus. XXI.
Ut demortuorum et inutilium Capitum loco substituatur dumtaxat. XXII.
Ut summittenda capita sint ex eodem grege nata. XXIII.
Summissionis effectus qui. XXIV.
Contrariis occurritur. XXV. XXVI.
Prædiorum onera quæ præstanda a fructuario; et quare. XXVII.
Cautio fructuaria, et ipsa fructuarii onus. Unde nascatur. Aditus ad caput seq. XXVIII.

I. Et hæc quidem in jure fructuarii commoda ejus sunt in re fructuaria: hæc illi remedia juris ad ea commoda obtinenda. Sed non solis commodis constat jus fructuarii. Etiam his commodis onera sunt adjuncta, quibus jure tenetur fructuarius, ut proposuimus. Ea onera officia sunt, quæ pro commodo proprietarii, et fructuarii, fide in re aliena, fructuario imponuntur.

II. Ex quibus unum primum est, cujus præstatio scilicet omnem ususfructus acquisitionem antecedit, ut nisi eo præstito, ususfructus quanvis alioqui jure constitutus, non procedat, et ejus actio denegetur. Cætera acquisitionem et traditionem ususfructus ita sequuntur, ut prout rei usus postulaverit, ita quodque exhiberi debeat. Quod primum hic a fructuario exigitur, cautio est, qua is ne re accepta postea abutatur, neve impune negligat ea, quæ eum deinceps in eo ex fide præstare oportet, satisdat ei, ad quem ea res pertinet, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, et finito usufructu, quod inde exstabit, restituturum. Ea cautio, si ejus præstationem spectamus, vere primum est officium ex his, quæ a fructuario ususfructus nomine exiguntur. Est enim cautio ejusmodi, quæ nisi, desiderante proprietario, ante omnia præstetur, jure ususfructus denegetur actio. *L. si cujus.* 13. *D. de usufr.* Sin quærimus ejus explicationem, cautio ea est, quæ nisi cæteris officiis fructuarii expositis, qualis sit, quidve contineat, cognosci non possit. Cavet enim compendio de his omnibus, quæ deinceps dicturi sumus exigi a fructuario. Idcirco hujus tractationem in id

tempus, cum reliqua illa, quæ dixi, officia cognita fuerint, consulto rejecimus. Quæ vero sequuntur onera, ea inducta sunt ex conditione rei fructuariæ, hoc modo. Meminisse enim debemus rem esse alienam, quam fructuarius fruendam accipit. Sui quidem commodi caussa, nempe fruendi: attamen alienam, qua etiam uti debeat salva rerum substantia: quam eamdem, ne frustra ita aliena sit, restituere aliquando debeat, pluribus modis constitutis, quibus finiatur ususfructus. Hinc fidem et diligentiam ab eo exigi ut in re aliena, quæ ipsi ita commissa sit, ut in ea versetur, uti virum bonum decet. Præterea sic reputare debemus, ex commodis pendere et rei incommoda. Hinc illa, ut dixi, fructuarii onera reliqua, id est ea, quæ fructuarium in re fructuaria præstare oportet.

III. Hæc partim in eo sunt, ne quid fructuarius faciat, quo facto tenetur: partim in eo, ut faciat, quo contra non facto teneri incipit.

IV. In non faciendo hæc. Primum quidem, quod commune est omnibus ad alienam rem accedentibus, ne quid faciat in re fructuaria, quo noceat proprietario. Tum autem pro eo atque fructuarii proprium est, ne præter naturam ususfructus utatur fruatur.

V. Nocet proprietario aut rem deteriorem faciendo, aut eam surripiendo. Utrumque in re fructuaria cavere debet: et utriusque nomine tenetur jure omnium communi, qui eadem in re aliena admiserunt, puta ob damnum datum, lege Aquilia; propter opus, quo nocitum esse dicetur, interdicto quod vi aut clam; ob servum corruptum, actione de servo corrupto; ob servum turquendo deteriorem factum, injuriarum; ob furtum, furti. *L. si cujus*, 13. §. *de præteritis, L. cum usufructuario*, 66. *D. de usufr.* Sane si res a fructuario deterior facta sit, dum ea recte utitur ad eum usum, ad quem parata est, caret culpa, nec eo nomine tenebitur: veluti, si vestimentorum usufructu legato ea utendo attriverit. *L. si ususfructus*, §. *pen. D. usufr. quem cav.* Si navis relicto usufructu, navem navigatum miserit, et forte amissa sit naufragio. *L. arboribus*, 12. §. *navis, D. de usuf.*

VI. Ex natura ususfructus hæc sunt duo: ut secundum conditionem rei ea quoque utatur fruatur; tum ut utatur fruatur salva rei substantia. Hinc duo illi ut fructuario cavenda, ne faciat: unum, ne præter conditionem rei ea utatur. *L. sed si quid*, 15. §. 1. *D. de usufr.* De quo diximus in modo utendi fruendi supra *hujus Libri Cap.* 7. Alterum, ne rem fructuarium mutet, aut transformet, quamvis repositurus sit melius. *L.* 8. *D. de usufr.* de quo supra diximus *ejusdem Libri Cap.* 10. Adversus quæ si facit, quatenus teneatur, dicetur *infra Cap.* 15.

VII. Sed hæc leviora: atque adeo, si proprie loqui volumus, ne onera quidem sunt, aut incommoda fructuario. Nam cum sit in ejus potestate sine damno suo priora cavere, adversus posteriora non facere; velit tantum utrumque ac nihil hic futurum est, quod eum oneret. Illa sunt vere onera, si quæ sunt ejusmodi, ut fructuarius facere debeat etiam invitus et maxime si cum sumptu. At hujusmodi quoque onera fructuarii quædam sunt, et complura. Eorum genera sunt tria: rem tueri; oneræ prædiorum sustinere; finito usufructu restituere quod inde exstabit.

VIII. In primis rem tueri, ut significatur in *L. usufructuarius*, 44. *de usufr.* Est autem tueri, rem quam acceperis, integram præstare, quantum cura et reparatione licet consequi. Quod partes facti indicabunt. Habet autem hæc tuitio duas partes, quarum utramque præstare debet fructuarius; curam et diligentiam rebus integris asservandis; tum curam alteram in iis, quæ vitii aliquid jam contraxerunt, reparandis et suæ integritati restituendis.

IX. Principio fructuarius (1) curam et diligentiam rei fructuariæ servandæ adhibere debet, et eam, non qualem adhibere solet suis rebus, si forte sit minus diligens paterfamilias: sed quantam diligens paterfamilias solet suis adhibere. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. de usufr. quem cav. L. sed cum fructuarius.* 65. *D. de usufr.* Quod eam vim habet, ut nisi adhibuerit, quidquid inde detrimenti erit, eo nomine teneatur. Unde igitur hæc obligatio fructuarii inter eos, inter quos de ea re nihil aperte convenit? Ex regula naturæ recepta in contractibus et negotiis gestis inter aliquos. Nam quoties inter aliquos quid geritur, ex quo unus alii rem certam præstare debet, si in eo negotio versatur (2) utriusque utilitas, dantis et accipientis, seu debitoris et creditoris: tu-

(1) De custodia et diligentia a fructuario præstanda Jo. del Castillo *Quotid. Contr. de Usuf. C.* 20. ubi et tractat an fructuarius sit Procurator in rem suam, quod affirmat Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 6. *et* 7.

(2) Immo Ususfructus solius fructuarii

ties qui rem debet, si Societatem exceperis, ab eo exigitur in re asservanda omnis diligentia, ut quocumque modo res perierit, vel deterior facta sit, dum ne casu furtuito, detrimentum sit ejus. *L. si ut certo. §. nunc videndum. D. commod.* Tale autem negotium geritur inter fructuarium et proprietarium. Nam fructuarius sic rem accipit, ut quandoque finito usufructu restituere eam debeat. In eo negotio ut versatur utilitas proprietarii, cui res restituenda est: ita maxime fructuarii, qui rem accipit fructus percipiendi caussa. Proinde ex superiore æquitate est: ut in ea re asservanda et fidem bonam, et diligentiam omnem præstet. Versatur hæc cura in commodis avertendis, seu in eo, ut det operam, ne quid accidat, quo res pereat, aut fiat deterior. Quarum alterum si eveniet, cum humana provisione caveri posset, fructuarius damnum præstabit.

X. Hujusmodi damna et incommoda hæc sunt, quæ ob id ad fructuarii onus pertinent, furta externa; damna a domesticis fructuarii illata; servitutum prædio feue ... debitarum amissio; rei fructuariæ usucapio; animalium interitus debilitatisve, quæ neglecto eorum victu; aut valetudinis curatione contigerint. Furto si quid ex rebus fructuariis sublatum sit etiam ab extraneis, tenetur fructuarius; non quia furtum fecerit, quod constat; sed quia cura et vigilantia providere potuit, ne res paterent furibus. Qua de caussa placet a quo hujusmodi custodia exigitur, ad eum etiam furti detrimentum pertinere. *L. cum duobus, §. damna, D. pro soc.* Damna a domesticis, ac non a se tantum illata præstat fructuarius. *d. L. sed cum, 65. D. de usufr.* nempe propter eamdem curam et diligentiam, quam ab eo exigimus. Providere enim potuit, ne a domesticis inferrentur. Potuit eos nosse: et quoniam in eos imperium habet, potuit continere in officio. Potuit denique non adhibere ad res fructuarias, quo lieret, ne res ab iis corrumperentur. Damna cæteris illata ad fructuarium non pertinent, quia nulla cura aut diligentia consequi possumus, ne damnum nobis injuria detur ab eo, quem prohibere non possumus. *L. ad eas. D. commod. L. sed de damno, D. loc. L. nullum, D. de reg. jur.* Servitus prædio fructuario debita si non utendo amissa sit, tenetur hoc quoque nomine fructuarius. *L. sed si quid. 15. §. ult. D. de usufr.* eadem de caussa, quia potuit fructuarius servitute uti, eamque vindicare, ut ante diximus: quamobrem curare debuit, ut uteretur. Ni facit, negligentiæ ejus damnum est, quod ipse præstabit. Res fructuario si ab alio usucapta sit: placet hic quoque rei æstimationem a fructuario deberi, si cum posset usucapionem interpellare, neglexit. Propter eamdem caussam, quia omnem curam rei servandæ debuit. *L. 1. in fin. et L. seq. D. usufr. quem. cav.* Potuit autem sine culpa usucapionem non interpellare, puta, si ignoravit rem ullam fructuariam ab alio possideri; aut scivit quidem aliquam possideri, sed a quo possideretur, ignoravit: aut si cum utrumque sciret, non fuit possessoris copia, aut non fuit potestas interpellandi. Eadem cura vitam animalium, ut servorum et pecorum tueri debet fructuarius, quod fit rebus ad eam tuitionem necessariis. Hæ sunt in servis, eos alere, et vestire idonee secundum ordinem et dignitatem mancipiorum. Quæ ideo a fructuario exiguntur, et quidem ita, ut ea præstet suo sumptu: ut consequens sit, nisi faciat, quidquid ex eo detrimenti erit, id eum præstare debere. *L. sed si quid, 15. §. sufficienter, L. sicut, 45. D. de usufr.* Eadem cura in pecoribus aliisque animalibus pascendis intelligenda est, et ex neglectu eadem damni præstatio.

XI. Altera pars tuitionis posita est in iis, quæ a priore integritate discesserunt, sarciendis, reparandisque. Pars superiore gravior, quod præter curam fructuarii etiam sumptum ejus desiderat. Exempli caussa: si quid in ædibus fructuariis reficiendum est, placet fructuarium sarta tecta debere præstare suo sumptu. *L. cum ad quem C. de usufr.* quod et in cæteris caussis hujus generis servatur, de quibus paulo post, si prius monuero de genere obligationis.

XII. Sciendum est enim proprium esse fructuarii: ad cæteros contractus non pertinere. Nam commodatarius, a quo plurimum in re commodata exigitur, quia solius ejus utilitas in eo versatur, diligentiam quidem summam præstare debet rei custodiendæ; *L. si ut certo. §. commodatum, D. commod.* cibariorum etiam impensas placet naturali ratione ad eum pertinere: *L. in rebus. §. possunt. D. eod.* At impensas, quas facit in re restauranda, puta in servo ægroto curando, a domino recipit. *Ibidem.* Quod nunc in fructuario contra esse dicimus. Unde igitur rursum nova hæc obligatio fru-

caussa constituitur, ideoque eum de levissima quoque culpa teneri vult post alios Castil. *d. C. 20. n. 17. per L. 13. §. 2. vers. denique h. t. junct. L. 44. ad L. Aq.*

ctuarii? Ex alia naturæ regula in jus recepta, qua æquum putatur, ut ad quem pertinent commoda rei, is etiam agnoscere debeat onus rei adjunctum. Et quidem ita est regula juris, *Secundum naturam esse, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*, L. secundum, *D. de reg. jur.* Sed et hoc in contrarium valet, ut incommoda cujusque rei eum sequi debeant, quem sequuntur commoda. Quod indicatur in *L. unica. §. pro secundo. C. de cad. tol.* Constat commoda fructuarii esse, quæcumque ex re ab eo percipiuntur. Sint igitur fructuarii et incommoda, quæ sunt in rebus collapsis restituendis et reparandis. Habetque id naturalem et manifestam rationem in definitione fructuum et commodorum positam. Fructus enim tantum fructuario tribuitur, et in fructibus rei commoda. Non intelligitur autem fructus, uti nec commodum, nisi quod deductis incommodis ad fructum capiendum necessariis superest. *L. fructus.* 7. in princ. *D. sol. matr.* ut nec damnum, nisi id quod superest deducto *damno. L. Mucius, D. pro. soc.* Et vero de eo, quod ad tutelam ædificiorum, ægrumque servum curandum impensum est, cur id maritus impendere debeat, et impensam non possit repetere, ad istam plane sententiam scribit Ulpianus in *d. L. fructus. §. ult.* D. sol. mat. *hæ impensæ non repetentur*, inquit *cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.*

III. Hujus reparationis, et restitutionis onera hæc sunt: in ædibus reficere ædes, et sarta tecta præstare suo sumptu. *L. 7. §. 1.* et ult. *L. cum fructuarius.* 64. *et L. seq. D. de usufr. d. L. cum ad quem, C. eod.* Quod et in similibus rebus omnibus fructuariis, quæ refectionem admittunt, probandum est. In fundo hæc: agrum proscindere, vites subserere, aquæductus et fossas purgare suo tempore: *L. si cujus.* 13. *§. de præteritis*, in fin. *D. de usufr.* fundi seminarium renovare, cum usus fuerit: *L. item si* 9. *§. seminarit, D. eod.* 10. locum demortuarum arborum alias substituere. *L. agri*, 18. *D. eod.* In animalibus, ægrota curare, et sanitati restituere, quantum potest; hoc enim exigitur a commodatario. *L. in rebus. §. possunt, D. commod.* multo magis a fructuario, a quo plus exigi ostendimus. Et quidem exigitur hoc amplius, ut curet suo sumptu, ejusque rei impendia non minus, quam cibariorum ad fructuarium natura respicere scriptum est in *d. L. sicut.* 45. *D. de usufr.* In grege, gregem supplere. *L. vetus.* 68. in fin. *D. eod.* Quæ omnia cum ad onus fructuarii pertinere placeat; animadvertendum est ea unam hanc titius oneris et necessitatis caussam habere, quod his rebus rem tuemur et conservamus, dum fit hoc modo, ut res quantum potest in suum statim restituta in eo perduret, maneatque talis, qualis accepta est, quantum, inquam, restitutione et reparatione per rei conditionem consequi possumus: Neque enim vetera et attrita possunt reparatione nova fieri.

XIV. Ex his tria paulo majorem et certiorem explicationem desiderant, quæ ideo seorsim attingemus; refectio ædium, et quæ diximus sarta tecta; substitutio arborum in locum demortuarum; et suppletio gregis.

XV. In refectione ædium, et sartis tectis habendis quæritur, an omnis restitutio vitiosarum et collapsarum ædium ad onus fructuarii pertineat. Nam de ea re parum expedita sunt ea, quæ de hac specie legimus in *d. L.* 7. §. 1, *D. de usufr.* Illic enim ad extremum definit Ulpianus modicam (3) refectionem ad fructuarium pertinere. Merito quæritur, quæ sit ista modica refectio, et quem istius modici definiamus modum. Idem prius dixerat hactenus fructuarium reficere cogi, *ut sarta tecta habeat.* Quid est sarta tecta habere, seu, ut est alibi, præstare? De eo, sic puto, recte constituemus. Ibidem scribit Ulpianus, quæ vetustate corruissent, neutiquam fructuarium cogi reficere. Ergo nec si quid corruat vitio operis, cui vitio occurri diligentia fructuarii non potest, hoc enim ejusdem rationis est. Sed nec si quid dejectum sit vi tempestatis, id restituere debebit, non magis quam substituere arbores vi tempestatis eversas. *L. arbores.* 59. *D. de usuf.* His exceptis relinquitur, opinor, ut earum rerum solum refectio ad fructuarii onus pertineat, quæ res temporis attritu, vel sponte et natura sua vitii aliquid contraxerint, veluti si quid in parietibus carie aut situ corruptum concidat; si integumenta ædium imbribus aut sole corrupta perfluant; si animalia in morbum incidant: Atque in his sunt ea, quæ

(3) Tenetur ad sumptus modicos qui concernunt utilitatem præsentem ac temporariam et perceptionem fructuum, non ad magnos, qui perpetuam utilitatem rei, Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 7. Castillo *de Usufr. C.* 23. *n.* 12. Cujus rei uberior explicatio peti potest ex eodem *C.* 56. *et seq.*

in ædibus nostri vocant (4) *sarta tecta. d. L. 7. §. 1. de usufr.* Eademque est, quæ *ibidem* dicitur ab Ulpiano *modica refectio*, eadem, quæ ab eodem alibi dicitur conferri ad tutelam ædificiorum, et novæ rei ædificationi, aut veteris totius collapsæ restaurationi opponitur, in *L. fructus. 7. §. ult. L. sol. mat.*

XVI. Sed quibuscumque casibus usufructuario refectionis onus incumbit, hactenus incumbere placet, ut si paratus sit usumfructum derelinquere, non sit cogendus domum reficere. Usque adeo, ut et convento eo de refectione, et post acceptum adversus eum de ea re judicium, si paratus sit derelinquere usumfructum; placet eum absolvi debere a judice. *L cum fructuarius*, 64. *L. si absente*, 48. *D. de usufr.* Nec abs re. Habet enim refectio futurum commodum, quod ex re refecta percipiatur. Ut non est cogendus quisquam id commodum capere, ne invito beneficium detur contra regulam juris. *L. invito, D. de reg. jur.* sic nec facere id, unde id commodum sequatur; sed tum maxime, cum fructuarius toti rei fructuariæ paratus est cedere. Hæc ita sunt, dum ne fructuarii aut domesticorum ejus facto quid deterius factum sit, quod indigeret refectione. Hanc enim culpam ipse præstat; ut ante diximus. *L. sed cum fructuarius* 65. *D. de usufr.* Eam obligationem semel contractam tollere non potest facto suo, nisi solutione. *L. si servum*, §. *nunc videamus, D. de verb. obligat. Instit. quib. mod. tol. oblig.* in pr. Proinde nec si hoc casu paratus sit derelinquere usumfructum, liberabitur ea obligatione. *d. L. sed cum.* 65. *de usufr.*

XVII. De substitutione arborum, diximus fructuarium in locum demortuarum alias substituere debere. Quid hoc ad tuitionem fundi pertinet, ut propter tuitionem id exigi debeat a fructuario juxta regulam traditam in *d. L. usufructuarius*, 44. *D. de usufr.*? Movet, quod fundus etiam sine his arboribus æque consistere potuit, et sine his integer fundus esse. Diximus autem tueri nihil aliud esse, quam rem, quæ est, integram præstare. Sed addendum est integram præstare, qualis accepta est. Debet enim fructuarius tueri, quod accepit, ut est in *d. L. usufructuarius*, 44. *D. de usufr.* Non est autem fundus integer, uti acceptus est, qui cum arboribus acceptus, postea eas arbores habere desiit: Arbores enim quandiu radicibus hærent fundo, pars sunt fundi multo magis, quam fructus pendentes; qui tamen et ipsi pars fundi esse dicuntur. *L. fructus pendentes, D. de rei vind. arg. in L. arbor. D. com. divid.* Non est autem integrum id, cui pars aliqua ex priore statu abest. Ipsum quidem solum fundi sine arboribus et ante esse potuit, et nunc potest. Sed non spectamus fundum, ut solum: sed ut solum frugiferum, constans iis rebus, quæ ad fructum ferendum valent. Quæ si ita sunt, aperte ad tuitionem fundi qualis acceptus est, pertinet, si quid ex arboribus fundi decessit, id restituere ut integro et pristino statu fundus esse incipiat. Quod fit in locum priorum alias substituendo.

XVIII. Sed cur dicimus in locum demortuarum arborum; ac non generaliter dicimus in locum amissarum arborum? Ut intelligamus arbores vi tempestatis, aut aliqua alia externa eversas ab eo substitui non debere, ut est in *L. arbores*, 59. in princ. *D. de usufr.* Atqui si vis tempestatis est casus fortuitus, ut est, *L. si merces*, §. *vis major, D. loc.* non minus sunt in hoc numero et mortes animalium, earumque rerum omnium, quæ prius vita constabant. *L. si ut certo*, §. *quod vero, L. in rebus*, in pr. *D. commod.* Cur ergo hic mortes arborum præstat fructuarius: ac non æque vim tempestatis? denique cum sint utraque casus fortuiti; cur non aperte dicimus horum detrimentum pariter ad fructuarium non pertinere? Sic enim jus est de casibus fortuitis, ut hi a nullo præstentur. *L. contractus*, in fin. *D. de reg. jur. L. quæ fortuitis, C. de pignor. act.* Et sciendum est hæc non ut damna simpliciter præstari; alioqui ex superiore regula ne præstarentur quidem: sed ut incommoda rei ad fructuarium pertinere. Incommoda vero si rei sunt, omnia ad onus fructuarii pertinent, ut ante diximus, etiam si maxime sine culpa ejus casu fortuito contigerint. Sed incommoda rei esse prius oportet. Hinc superiorum casuum distinctio, et præstatio dissimilis. Quod vi tempestatis contingit, vi externa contingit: eoque incommodum est externum, non rei, aut a re profectum incommodum. Mortuis autem arboribus, incommodum et hoc item est: sed internum et ipsius rei; fundo quo-

(4) Sarta tecta *d. L. 7. §. 2. D. L. 7. C. h. t. L 7. de offic. procons. L. 7. §. 2. ad L. Jul. repet.* Cic. *in Verrina* 1. quæ incorrupta servantur, vid. Hotom. *ad L. 7. C. h. t.* Revard. *ad L. 61. de R. J.* Salvam igitur substantiam ædium præstare debet. Quod si ultra quam impendi debeat, aliquid erogaverit, repetet si necessariæ vel utiles impensæ, non si voluptuariæ. Hotom. *ibid.* de qua repetitione plenius Castillo *d. C.* 57.

dammodo in ea parte moriente, vel succum et vitam arboribus subtrahente.

XIX. De suppletione gregis sic plena definitio est in *d. L. vetus*, 68. in fin. et *LL.* 2. *seqq. D. de usuf.* Gregis, vel armenti, vel equitii, et generaliter universitatis pecorum usufructo constituto, fructuarius ex agnatis gregem (5) supplere debet: id est, in locum demortuorum vel inutilium capitum alia summittere ex agnatis: summissionis hoc effectu, ut summissa fiant proprietarii: demortua et inutilia fructuarii esse incipiant. Ostendit breviter hæc definitio, et quid hæc suppletio desideret, et quis ejus sit effectus: quæ paucis explicanda sunt.

XX. Animadvertendum est igitur ex hac definitione, ut pecorum plurium usufructu semel constituto, locus sit isti suppletioni, tria desiderari.

XXI. Primum, ut sit gregis et universitatis nomine collectivo ususfructus relictus. Si singulorum pecorum ususfructus relictus erit, quanvis numero plurali, et una oratione; fructuarius in locum demortuorum vel inutilium substituere nihil debebit. *L. quid ergo*, 70. vers. *sed quod dicitur*, *D. de usufr.* Ut puta; legavit testator Titio ex suis gregibus, seu ex ovibus, quas habet, usumfructum centum, aut mille ovium. Quicumque casus erit singulorum capitum, fructuarius (6) nihil supplebit: tametsi in mille ovibus multo plus sit, quam in toto grege testatoris. Cur hæc tam varie in re, ut videtur, pari? Quia meminisse oportet non exigi a fructuario in rebus fructuariis, ut novum quid faciat, sed ut tueatur, quod accepit. *d. L. usufructuarius*, 44. in fin. *de usufr.* Hanc tuitionem oves singulæ demortuæ non admittunt: grex, quanvis ovibus quibusdam demortuis, admittit. Nam, ut jam dixi, tueri est rem, quæ est, conservare, facere ut pristinum statum obtineat; quod quidem in singulis ovibus demortuis præstari non potest. Hæ enim esse desierunt. Novas in earum locum substituere possumus: ipsas; quæ fuerunt servare aut restituere in suum statum non possumus. Gregis diversa caussa est. Quibusdam enim capitibus in grege demortuis, nihilominus idem grex manet, qui prius fuerat, etsi numero ovium imminutus. *L. si grege*, 22. *D. de leg.* 1. §. *si grex*; *Inst. de leg.* dum ne redierit grex ad eum numerum, ut jam grex esse non posset. *L. ult. D. quib. mod. usufr. am.* id est, ad pauciores, quam decem oves: qui justus numerus putatur esse gregis. *L.* 3. *D. de abig.* Quo fit, ut ex his capitibus demortuis eumdem gregem tueri liceat. Quod si licet, restat, ut fructuarius id præstet. Quod fiet, si restituetur grex in pristinum statum et numerum. Id autem consequetur substitutione aliorum corporum, et suppletione gregis. Nec dubium est aliis in priorum locum substitutis eumdem gregem videri, qui prius fuerat. *d. L. si grege*, 22. *de leg.* 1.

XXII. Secundum desiderat hæc suppletio, ut quæ capita ex grege perierunt, aut demortua sint, aut inutilia facta, vel senio, vel vitio aliquo corporis contracto. Hoc eo pertinet, ut si ex grege capita aliqua perierint vi externa, puta, incendio, aut ruina stabuli, in quo erant, aut quia pecora sint capta a prædonibus vel hostibus, sciamus fructuarium hos casus præstare non debere, nec debere in locum amissorum alia substituere. Nam et id de arboribus vi externa tempestatis eversis placere ante diximus. *d. L. arbores*, in princ. *D. de usuf.* Cum sint hæc omnia in casibus fortuitis, si quæratur differentiæ ratio, ea utemur, quam paulo ante in substitutione arborum reddidimus.

XXIII. Tertium exigit hæc suppletio, ut sint alia capita agnata, id est, nata ex eodem grege, ex quibus fructuarius gregem suppleat. Proinde si ex grege nondum ulla nata sint post priora demortua, aut abortierint oves, aut fœtus priusquam summitti a fructuario possent, perierint, nihil fructuarius (7) supplere debebit. Cur ergo de suo supplere non cogitur? quia quidquid est incommodorum rei, ita recte exigitur a fructuario, dum præstet ex fructu. Non est enim, ut ante diximus, fructus, nisi qui deductis impensis superest. *d. L. fructus*, 7. *D. sol. matrimon.* Non sunt commoda et lucrum, nisi quæ supersunt deductis incommodis et damno. *L. Mucius*, *D. pro soc.* Ita fit, ut qui propter fructum tenetur, is ultra fructum onerari invitus non debeat. Alioqui non sit ususfructus, quem habet, sed onus; res inter se plane contrariæ. Ideo Ulpianus in *L. fructus.* 7. §. *ult. D. solut. matrimon.* ait

(5) Qua de re Castillo *d. Tr. de Usufr. Cap.* 27. ubi n. 8. gregis proprium esse non quasi usumfructum.

(6) Ratio quia in his quæ numero certa et designata, non est argumento locus, ut post Connan. 4. *Comm.* 2. *n.* 5. Castillo *d. Cap.* 27. *n.* 14. addens *n.* 15. aliam rationem, quia tot sunt tunc ususfructus quot capita, idcirco unius ovis morte ille ususfructus perit.

(7) Quæ sententia communis, si animalia perempta vel inutilia effecta citra culpam fructuarii. Castillo *d. C.* 27. *n.* 11. et seq. ut si forte lues gregem corripuerit.

impensis, id est, incommodis ad fructum percipiendum necessariis, ex fructibus satisfaciendum esse. Neque hoc aliter exigimus in refectione ædium, aut substitutione aliarum arborum. Reficere ædes debet fructuarios suo sumptu: sed quia tantundem, aut amplius percipit ex earum ædium usu. De quo commodo, ut vere commodum sit et lucrum, non mirum, si deducimus refectionis sumptum. Sic et arbores cum dicimus substitui debere in locum aliarum demortuarum, intelligimus substitui debere ex seminario aut ex aliis, quæ sunt alibi in fundo, aut certe ex satione fructus, quæ sine incommodo fructuarii contingere potest.

XXIV. Cum superiora tria concurrent, tunc locus erit isti suppletioni, quam a fructuario exigi diximus. In qua inest, ut fructuarius in locum demortuorum vel inutilium capitum gregis alia summittat. Summissionis effectus hic est. Prius enim, quam fiat hæc summissio; quæ in grege capita inutilia sunt, ea sunt proprietarii, ut ante. Et ex demortuis si quid superest, puta lana, aut corium, est item proprietarii, ut prius ipsæ oves, unde hæc supersunt. Quod enim ex re mea superest, meum est. *L. solum. §. 1. D. de rei vind.* fœtus autem agnati interim sunt fructuarii. Sunt enim in fructu. *L. in pecudum, D. de usur.* Suppletione et summissione superiore secuta, hæc omnia invertuntur. Quæ summissa sunt, fiunt proprietarii. Quæ sunt demortua aut inutilia, incipiunt esse fructuarii. *d. L. vel inutilium*, 69. *D. de usufr.*

XXV. At quomodo summissa fiunt statim proprietarii? Repugnant, ut videtur, regulæ juris de rebus transferendis. Nam primum inter vivos nulli res acquiritur alia translatione, nisi volenti et consentienti. *L. in omnibus rebus, D. de obl. et act.* Hic autem volumus summissa hæc capita statim acquiri proprietario, sive sciverit summissa esse, sive ignorarit. Deinde ut maxime velit proprietarius ea sibi acquiri: tamen dominium nisi re et possessione tradita non transfertur. *L. traditionibus, C. de pact. §. per traditionem, inst. t. de rer. divis.* Hic summissa proprietario tradita non sunt, nec possessio in eum translata. Quæ cum duo desint isti summissioni; non videtur omnino summissorum dominium in proprietarium ista summissione transferri posse. Et sane non transfertur, si quid eorum deesset, quæ supra diximus. Sed et voluntas proprietarii, et possessionis translatio in hanc acquisitionem concurrunt: ut merito dicatur vel secundum superiores leges transferendi dominii summissa et suppleta etiam ignoranti proprietario acquiri. Voluntas ejus tunc intellecta est, cum initio ususfructus datus est fructuario. Hic enim voluit proprietarios a fructuario omnia recte fieri, quæ ad caussam ususfructus pertinebant. Qua de caussa supra diximus curam et custodiam rei fructuariæ omnisque, quæ ad eam curam faciebant, fructuario tanquam procuratori cuidam ab initio commissa videri. *arg. in L.* in fin. *D. de usuf. quem. cav. et L.* 1. in fi. *D. de op. nov. nunt.* Quare et hoc voluit proprietarius, quæ summissa essent ex hac caussa, sibi acquiri: quoniam summissio hæc ut fiat in rem proprietarii, ad jus et caussam ususfructus pertinet. Nihil ad rem facit, quod cum rapita summissa sunt, ignoravit. Satis est enim ab initio eum fuisse hac mente, ut vellet, quandocumque quid ex hac caussa in rem fructuariam conferretur, id sibi acquiri. Qua ratione et per procuratorem, cui generaliter de rebus nostris gerendis mandatum est, placet nobis etiam ignorantibus acquiri possessionem. *L. possessio*, 49. *§. ult. D. de acqu. r. poss.* item et per servum aut filium, qui in potestate est, possessionem earum rerum, quas peculiariter tenent: *quia*, inquit Paulus, *nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.* Quod ad possessionem attinet, et hæc per fructuarium ad proprietarium translata est summissione. Nam fructuarius cum summisit alia capita eo animo, ut ea faceret gregis, cœpit gregem, et per gregem fœtus summissos nomine proprietarii possidere. Quod quis suo nomine possidet, potest alieno nomine possidere, et dum ita possidebit, possessionem transferet in eum, cujus nomine possidet. *L. quod meo. D. de acq. poss.* Acquirit igitur in proposito fructuarius ex hac caussa proprietario possessionem. Quare et per possessionem dominium juxta regulam juris, cum is dominus sit, qui possessionem transtulit. *§. ex his. Inst. per quas pers. L. traditio. §. ult. D. de acq. rer. dom.*

XXVI. Sed non ut summissorum ista translatio recte defenditur, ita fortasse illud alterum poterit defendi. quod placet demortua et inutilia capita, quæ prius constabat fuisse proprietarii, nunc eo ignorante fieri fructuarii post summissionem. Nam quomodo, quod alterius est, sine facto ejus ad aliom potest transire? vetat hoc regula juris, *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.* sed maxime naturalis ratio, quæ alterius conditionem in re aliqua transferenda meliorem facere concedit; deteriorem autem facere, quod alterius fuit auferendo, prohibet. *L.*

solvendo, *D. de reg. gest.* Respondet Pomponius in *d. L. vel inutilium*, 69. *D. de usufr.* sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque desinere ejus esse ex natura fructus. Recte ex natura fructus. Hæc enim exigit, ne utraque sint proprietarii, et quæ summissa sunt, et quæ sunt demortua aut inutilia. Ut enim est conditio ususfructus, gregem tantum supplere debet fructuarius, non augere. Augeret autem, si novis summissis, et suppleto grege, nihilominus priora manerent gregis, et per gregem proprietarii. Quare hoc posito, ut summissa domini fiant, sequitur, ut priora quoque ex natura fructus ejus esse desinant. Quod si desinunt, etiam huic naturæ ususfructus consequens est, ut fiant fructuarii. Sic enim ista emittuntur extra gregem, ut tamen profecta sint ex grege. Quidquid extra rem fructuarium est, si ex re percipitur, in fructu est, et ususfructus jure ad fructuarium pertinet. *L.* 7. in pr. *L. item. si*, 9. in *pr. D. de usufr.* Nec mirum sit, proprietarii fuerat, desinere ejus esse post summissionem. Nam alioqui, inquit Pomponius, et hoc prius in fructuarii persona contingit, quod enim nascitur, fructuarii est. Et cum substituitur desinit ejus esse. Ergo in hac summissione fit id, quod Julianus dicebat, et refertur in *L. quid ergo*. 70. in ff. *de usufr.* ut summittere sit proprie dispertire, et dividere, et divisionem quamdam facere. Divisio in eo, ut bene Azo accepit apud Accursium, quod fructuarius utilia capita summittendo gregi assignat: demortua et inutilia sibi reservat. Sed accidit hæc divisio dominiorum non jure ipso, sed per summissionem fructuarii. Ante autem, quam nova subsitucrit in gregem, fœtus editi manent fructuarii, ut ab initio: ut contra demortua et inutilia proprietarii. *d. L. quid ergo*. in princ. *D. de usufr.* Unde bene dicitur idem in extremo, summittere esse facti. Secundum quæ, inquit Ulpianus, si ante summissionem decesseret fœtus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit fructuarius alios fœtus summittere. Recte hoc ille ex prioribus colligit. Sic enim jus est, rem suam domino perire. *L. pignus*, *C. de pign. act.* Si non summittit fructuarius, quomodo teneatur, dicetur postea in commune in jure proprietarii.

XXVII. Hæc de tuitione rei fructuariæ; quod fuit primum genus eorum onerum quæ sunt in eo, ut fructuarius quid faciat. Secundum genus istiusmodi onerum versatur in oneribus ipsorum prædiorum. Quæ et ipsa onera fructuarium (8) sustinere debere dicimus: ut sunt tributa, stipendia, vectigalia, pensitationes, et intributiones publicæ, quales commemorantur, et imponuntur fructuario in *L.* 7. §. 1. *L. si pendentes*, 27. §. *si quid cloacarii*, *D. de usufr.* Obligationis et præstationis hujus caussa eadem, quæ in genere superiore, cum de rebus reparandis agitur. Nam et vectigalia et pensitationes omnes ejusmodi publicæ, quæ prædiis imponuntur, ipsorum prædiorum onera sunt, non possessorum, nisi propter prædia. Unde in his dicuntur prædia, non personæ conveniri. *L. imperatores*, *D. de public.* Prædiorum igitur incommoda. Proinde ejusmodi, quæ agnosci debeant ab eo, cujus sunt commoda. Quinimo, ut ante dixi, non intelliguntur commoda, nisi his incommodis prius deductis. *arg.* in *d. L. Mucius*, *pro soc.* Hactenus tamen hæc onera fructuarii, nisi testator ea nominatim heredi injunxerit. *L. usufructu relicto*, 52. *D. de usuf.* Quod eo pertinebit, non ut ne possit fructuarius a fisco de his conveniri; cum, ut dixi, prædia hic conveniantur, et per prædia possessores, nec possit alieno facto jus fisci convelli. *L. inter*, *D. de pact.* sed ut si quid eo nomine præstiterit fructuarius, id possit postea repetere ab herede actione ex testamento. *arg.* in *L. epistola*, §. *pen. D. de pact.*

XXVIII. Tertium genus onerum, quæ in faciendo sunt, est in eo, ut finito usufructu fructuarius rem fructuariam restituat, ut cautione fructuaria, quæ sequitur, continetur. *L.* 1. *D. us. quem. cau.* Hæc præstatio atque obligatio ex tacita conventione. Nam cum res traditur fructuario fruendi caussa, hoc ipso aperte id agitur, ut cum frui desierit, restituat, utpote finita caussa, propter quam res tradebatur. *L.* 1. in ff. *D. de cond. sine cau.* Quibus expositis, jam tempus est, ut de cautione fructuaria, quæ istarum rerum omnium nomine interponitur, cognoscamus: quando hic maxime post illa de ea cognoscendi locus est, et nos hoc loco de ea dicturus initio polliciti sumus.

(8) *L.* 28. *de Usufr. leg.* Fusiones vocantur in *d. L.* 27. §. 3. de quo vid. Briss. 3. *Antiq.* 12. Rævard. 3. *Var.* 13. et quod ob transitum exercitus confertur, *d.* §. 3. de quo vid. Rævar. 5. *Var.* 17. et 3. *Conject.* 6. Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 29. Non autem hic distinguitur, magna sint hæc onera an modica, vid. Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 72. Castillo *de Usuf. C.* 56. *n.* 14. *et seqq.*

CAP. XIV.

De cautione fructuaria. Semperne seu an ab omni fructuario exigatur: Qualis sit, nuda cautio, an satisdatio: Quis hic, Cui, Quid caveat, Interpositæ quis effectus.

Cujus bono introducta, et quid contineat cautio fructuaria. I.

Rerum partitio. II.

Quocunque modo, et jure constitutus, et cujuscunque rei sit ususfructus; cautio a fructuario, quin et ab usuario, si hic possidendo utatur, statim et initio præstanda. III.

Etiam si fuerit testamento, seu conventione remissa. IV.

Ratio, et contrariis occurritur. V. VI.

Exceptio superioris regulæ. VII.

At nec cautio quælibet, sed satisdatio illa fructuarii esse debet. VIII.

Fructuario inopi, qui et satisdatione careat, quomodo consultum. IX.

Si duo sint fructuarii: an utrique præstent, et quando, satisdationem. X.

Illis præstanda cautio, ad quos finitus redibit, aut spes fore ut redeat ususfructus. XI.

Proprietario semper: interdum heredi, aut legatario: vel utrique: et quando duobus legatariis. XII.

Quando unus alteri fructuario; et quando uterque caveat heredi. XIII.

Quæ caveat fructuarius. Duæ cautionis clausulæ seu partes, et quæ. XIV.

Summa juris de priore cautionis parte constituti. XV.

Posterior cautionis clausula per partes exposita. Ulpianus in L. 3. §. 1. D. usufr. quem. cav. *explicatus; et cum Papiniano* L. 83. et *Paulo* L. 208. D. de R. I. *conciliatus:* XVI. XVII.

Quando, et ex quibus caussis committatur stipulatio in utraque cautionis clausula, et quatenus factum ut recte instituatur petitio ejus quod exstabit. XVIII. XIX.

Ex priore cautionis parte, stipulatione commissa in id quod interest, semper potest agere proprietarius: in alteram partem cautionis si committatur stipulatio, res distinctione temperanda; et quatenus. Exponitur L. si fructuarius. 4. D. usufr. quemad. cav. XX. XXI.

I. Hujus cautionis introducendæ ratio manifesta est. Nam cum, ut initio de oneribus fructuarii præfati sumus, sic fructuarius rem accipiat fruendi caussa, ut accipiat alienam, in qua bonam fidem præstare debeat, ut virum bonum decet; et quam camdem finito usufructu debeat restituere proprietario: est æquissimum, utriusque rei nomine proprietario idonee cautum esse: ut siculi fructuarius uti frui debet, sic proprietatis dominus securus reddatur de proprietate, quo scilicet ambobus in commune consulatur. Hoc in *L. si cujus.* 13. in princ. *D. de usufr.* Hæc securitas præstatur in futurom proprietario, cum quas res fructuarium ususfructus nomine præstare oportet; eas ita fore idonee cavet fructuarius. Eas res duas esse in summa, ex superioribus intelligimus. Unam, ut fructuarius in fruendo ita se gerat, ut bonus paterfamilias faceret in re sua. Unde et prius hoc ab eo exigebamus. *L. sed cum* 65. *D. de usufr.* Alteram, ut finito usufructu rem recte restituat. Ergo et hæc æquitas edicto prætoris constituta est, et cautio in eam rem inducta, quæ utramque illam partem complecteretur. De quo ita edicto cautum legimus, ut ad quemcumque ususfructus alicujus rei pertinebit; is ab initio desideranti ei, ad quem usufructus rediturus est, caveat, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit. Summa edicti et cautionis tradita in *L.* 1. *D. usufr. quem cav.* In hac cautione multa occurrunt, quæ quærantur, in quibus est hujus juris explicatio, et argumentum Tituli *D. usufructuarius quemadmodum caveat.*

II. Summa autem, et series naturalis quærendi hæc est: Primum an semper fructuarius ita cavere debeat. Secundo loco, si debet, qualis sit hæc cautio, utrum nuda repromissio, an enim satisdatio. Tertio cum ad cavendum ventum erit, quis caveat. Quarto cui cavendum. Quinto quid cavendum, seu quid contineatur cautione. Postremo interpositæ cautionis quis sit effectus, seu quando committatur, et quid tribuat proprietario cive, qui stipulatus est.

III. Primum igitur an semper fructuarium cavere oportet? Et placet hanc cautionem ad omnem usumfructum pertinere, ut est in *d. L. si cujus,* 13. in princ. *de u-*

sufr. Quod nihil aliud est, quam omnem fructuarium cavere isto modo debere. Idque ita est, cujuscumque rei ususfructus relictus sit, sive mobilis, sive soli: item quocumque modo ususfructus sit constitutus, sive lege, sive (1) testamento, sive pactionibus, sive a judice. *L.* 1. §. 1. *D. usufr. quem cav.* Itaque etiam si quis usuceperit usumfructum, quomodo etiam usumfructum acquiri diximus; recte dominus proprietatis ab eo exiget cautionem. Sed nec interest, utrum jure ipso constitutus sit ususfructus, an per tuitionem prætoris, ut est in *L. si ususfructus.* 9. §. *illud, D. eod.* id est, ut olim differentia legatorum et fideicommissorum fuit, nihil interest, sitne legatus ususfructus, an per fideicommissum relictus. *L. si quis usumfructum, D. de usufr. leg.* Ut autem etiam hodie interpretatio quadrare potest, nihil interest, utrum sit constitutus a vero domino, quod fit ipso jure et civili; an vero in fundo vectigali, aut in superficie ab emphyteuta vel superficiario, qui vere domini non sunt; eoque si quid juris habent in supra scriptis rebus, aut si quid in his alii constituunt, valet tantum tuitione prætoris, ut hoc explicatur in *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. us. amit. L.* 1. §. *ultim. D. de superf.* Ne illud quidem retulerit, utrum aperte usufructus legatus sit; an vero quid, quod sub alia appellatione ususfructus vim habeat: ut si habitatio, si operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ sint: si (2) messis aut vindemia in singulos annos alicujus fundi legata. *L.* 4. §. *ult.* et *L.* 5. *D. usufr. quem. cav.* Quinimo etsi non ususfructus constitutus sit, sed usus tantum, qui haberi non possit, nisi possessione rei usuario tradita; placet ab eo eadem de caussa hanc cautionem interponi debere. *L.* 4. §. 1. *L. penult. D. eod.* Interponi debere cum dicimus, hoc intelligimus, quod et monuimus jam supra, nisi desiderante eo, ad quem res pertinet, ante omnia interposita fuerit; fructuario actionem denegari. *L. si cujus,* 13. in princ. *D. de usufr.*

IV. Adeo autem visa est hæc cautio ad onus et officium fructuarii pertinere, ut placeat nec testamento illam satisdationem (3) remitti posse, ut boni viri arbitratu utatur fruatur is, cui ususfructus relictus est. *L. scire, C. ut in poss. leg.*

V. Quod tamen parum liquet. Nam primum generaliter traditum est, quidquid caverit testator de re sua, id jus ratumque esse. *L. verbis, D. de verbor. signific. Nov. de nupt.* §. *disponat, L.* 1. *C. de sacros. eccl.* Sed hoc perpetuam hanc exceptionem habet, nisi si quid caverit testator, quod sit contra jus aut bonos mores. *L. nemo,* 55. *L. si quis inquilinos,* 112. §. *penult. D. de leg.* 1. Bene autem vulgo sic hujus cautionis remissio habita est, quasi quæ sit contra bonos mores, utpote, ejusmodi, quæ, amoto hujus cautionis metu, invitet fructuarium ad delinquendum, nempe ad abutendum re fructuaria, et pro libidine in ea grassandum. Cujus generis jussa et pacta quæ sunt, hac de caussa tanquam turpia jure improbantur. *L.* 5. *D. de pact. dot. L. si unus,* §. *pacta, D. de pact.*

VI. Sed et nos in hac re illud remoratur, quod traditur in *L.* 2. *C. ut in poss. pos. leg.* cautionem seu satisdationem, quæ legatorum nomine exigi solet ab herede jure publico, voluntate testatoris remitti posse. Cur ergo non item et ea, quæ eodem

(1) Etsi non testamento, sed contractu *L.* 4. *de usufr.* ubi ratio dubii quia prætor edicto nominatim de legato usufructu loquutus, ut ex *L.* 1. *princ. h. t.* arguit Hotom. *ad L.* 4. item quod in stipulationibus quæ verbis non expressa, omissa videntur, et quod pacti obscuritas nocet venditori, Hotom. *ibid*

(2) In qua *L.* 6. Connan. 4. *Comm.* 5. censet vel negatione adjecta legendum *non percipiantur*, vel pro *quamvis quoniam.* Quod refellit Rob. 1. *Rec. Lect.* 19. quia conjungitur *d. L.* 6. cum fine *L. praeced.* ubi dicitur stipulationi locus esse in habitatione vel operis legatis, licet usumfructum non per omnia imitentur. Subjicitur in *d. L.* 6. in vindemiis vel messe itidem locum esse stipulationi, et hæc quoque non per omnia usumfructum imitari, licet ex usufructu percipiantur. Nam quia hoc legato messis fructus sine usu relictus, per *L.* 58. §. 1. *de usufr.* ideo non potest dici quod imitetur per omnia usumfructum, licet illi proxima hæc sint, quia ex eo percipiuntur vindemiæ ac messes, ac usui et fructui rei detrahuntur. Ita Robertus

(3) Quæ sententia receptior Clar. §. *testamentum Q.* 64. Gail. 2. *Observ.* 145. Castillo *de usufr. C.* 15. *n.* 1. (Ad quod tamen probandum *DD. L.* 1. *C. de usufr.* abutuntur, quæ loquitur de cautione ex SCto in quasi usufructu præstanda. Hotom. *ibid.* A. Fab. 2. *Jurispr.* 12. *Princ.* 7. *Illat.* 7.) Et consentit P. Fab. *ad L.* 94. *de R. I. p. m.* 435. ut tamen adjectio illa cautionis remittendæ pro redundanti et non scripta sit nec legatum ususfructus vitiet, et Gæd. ad *L.* 30. *de V. S.* Bron. 1. *Ass.* 89. Et nec inventarii confectionem remitti posse volunt DD. quibus accedit A. Fab. *d. Princ.* 7. *Illat.* 7. quia fieri nequit restitutio arbitratus boni viri, nec sciri potest quomodo fruitus sit, nisi ex inventario liqueat, quid et quantum ei traditum.

jure fructuario injungitur; præsertim eum utraque sit de re privata, et ad jus defuncti pertinente? Nempe ideo quod non item posterioris hujus satisdationis remissio invitat heredem ad delinquendum, ut prioris illius remissio fructuarium. Nam res legata, utcumque remittatur heredi satisdatio legati nomine, non ideo tamen traditur heredi fruenda, ut quis dicat per occasionem hujus concessi juris posse eum in re legata licentius versari invito legatario: sed res pleno jure manet legatarii. Contra res fructuaria, ut est jus ususfructus, semper traditur fructuario utenda fruenda. Qua potestate accepta, nisi ipse metuit superioris satisdationis pœnam; facile futurum est, ut ea impunitate ad licentiam in ea re grassandi abutatur. Quæ si ratio hujus cautionis remissionem in testamento inhibet; non est, quod dubitemus et tunc cautionem eamdem frustra remitti, cum (4) conventione ipsa proprietarii inter vivos remittitur. Non enim minus et tunc invitat remissio fructuarium ad idem delinquendum nec minus jure irritæ sunt hujusmodi conventiones, quam supremæ voluntates. Quinimmo quod ea, quæ ad delinquendum invitant, jure improbari ante diximus, de pactis et conventionibus potissimum scriptum est in *d. L. 5. D. de pact. dot. d. L. si unus, §. pacta. D. de pact.* Hoc quidem et Bartolus ista ipsa ratione usus sibi videri satis ostendit ad *L. 1. C. de usufr.* sed non est ausus quidquam affirmare. Nos in ratione manifesta, quæ istas species conjungit, affirmandi temeritatem non reformidabimus.

VII. Ad omnem igitur usumfructum, et omnem fructuarium, ut cœpi dicere, hæc cautionis necessitas pertinet. Sed cum sit in aliis omnibus jus perpetuum, hic nobis duo excipiendi sunt, quibus hæc cautio remittitur. Primum pater in usufructu bonorum adventiciorum filiifamilias. Remissa huic cautio constitutione Justiniani pro jure veteris dominii, quod plenum illi olim in his bonis acquirebatur. *L. cum oportet, §. non autem. L. ult. §. sin autem legata, C. de bon. quæ lib.* Deinde et is, cui usufructus pure, proprietas ex die legata est. *L. si ususfructus, §. plane. usufr. quem. cav.* Placuit huic remittendum cautionem, quia non sit necessaria: sive quod nihil intersit heredis, quid de proprietate futurum sit, quæ non ad ipsum, sed ad fructuarium heredemve ejus certo reditura est: sive quod cum agatur res fructuarii: non est probabile ipsum deterius aliquid in ea re in perniciem suam esse constituturum. Hoc recte ex edicti sententia, cui propositum fuit hac cautione proprietario consulere.

VIII. Cum locus erit huic cautioni, qualem hanc cautionem esse volumus, nudamne, an satisdationem? Et in *L. 1.* ac prope toto Titulo: *usufructuarius quem. cav.* nihil amplius exigitur, quam ut fructuarius caveat. Unde et *inscriptio ipsa* de cautione. Quo verbo hoc continetur, ut fructuarius stipulanti repromittat ea, quæ diximus, nec quidquam præterea, si nihil adjicitur amplius. *L. sancimus, C. de verbor. signific.* Unde et crebra stipulationis mentio in *L. 1.* et deinceps, *eod. tit.* pro cautione fructuaria. Sed constat satis ex aliis locis satisdationem hic exigi a fructuario edicto prætoris, ac nisi detur, denegari ei usumfructum. *d. L. si cujus, 13.* in princ. *de usufr. L. etsi, D. usuf. quem. cav. L. 4. C. de usufr.* Est autem satisdatio cautio quidem et stipulatio; sed cautio idonea fidejussoribus datis, qui idem adpromittant. *L. 1. D. qui satisd. cog.*

IX. Quid, si fructuarius, diu quæsito fidejussore, reperire non possit? an quia satisdare non potest, usumfructum amittet? Non sane amittet: sed generaliter scriptum est in *d. L. si cujus, 13. de usufr.* non prius dandam actionem fructuario, quam satisdederit. Et ibidem additur ratio, quia *proprietatis dominus securus esse debeat de proprietate.* Id autem fieri non potest sine satisdatione. At videamus, dicat aliquis, ne sit iniquum exigi a quoquam, ut præstet, quod non potest. Et vero regula juris prohibet, quæ dictat, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, D. de reg. jur.* Sed nihil hæc defensio ad hunc locum. Non enim petitur a fructuario satisdatio tanquam id, quod debeat; alioqui sane dum præstare non posset, recte recusaret: sed, satisdatione non præcedente, recte dicitur, non competere illi ususfructus persecutionem aut retentionem; etiamsi casu, non voluntate aut culpa ejus fiat, ne satisdet. Dantur enim hæc, idest ususfructus actio, et retentio sub conditione, si ille satisdederit proprietario, ex hoc edicto. Non satisdante eo, conditio non exsistit. Conditione actionis non exsistente,

(4) Diss. Gail. 2. *Obl.* 145. *n.* 12. Pinel. *in l.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 76. et aliis laudatis Castillo. *d. C.* 15. *n.* 14. *et seqq.* qui et rejecta ratione vulgari remissionis reprobatæ, quod invitet ad delinquendum, aliam adfert, *n.* 30.

nulla esse potest actio. Humanum tamen videtur, si constet fructuarium esse plane pauperem, quem verisimile sit fidejussorem non facile passe reperire, et ususfructus ædium vel fundi relictus sit: adhiberi remedium id, quod in simili ro proponitur in *L. sed si is*, 3. §. *quoties. C. de Carb. ed.* ut scilicet detur fructuario res fruenda, sine satisdatione quidem, ut contenti simus nuda cautione, sic tamen, ut proprietarius jubeatur esse in possessione rei fructuariæ tanquam custos et observator, qui det operam: ne quid res detrimenti capiat. Aut si hæc custodia parum tuta videtur, aut non placet; constituatur (5) curator, per quem bona administrentur, In quo licet usurpare illud Ulpiani ex *L.* 2. §. *quamquam, D.* de aq. plu. arc. *hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.*

X. Cum ad cautionem ventum erit, prima erit quæstio de personis, inter quas interponatur. Quis ergo cavebit? Et de fructuario nunc agimus. Hunc ergo cavere debere, et solum cavere certum est. Sed pluribus constitutis fructuariis interdum dubitatur, utrum omnes cavere debeant, an unus tantum. Quod accidit in hac specie, cum testator legavit usumfructum Primo, eumque rogavit, ut restitueret Secundo. Hic enim quæritur, an ambo isti cavere debeant, Secundus quidem Primo; Primus autem heredi: an solus Secundus heredi, quia ad solum Secundum vere ususfructus pertineat. Et placuit solum Secundum recta cavere debere heredi: a Primo non exigendam cautionem. *L. si ususfructus*, 9. in princ. *D. usufr. quem. cav.* Hoc ideo, quia Primus in hac specie non est legatarius aut fructuarius; sed solus Secundus, ad quem per Primum pervenit ususfructus. Non enim videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. *L. non videtur quisquam, D. de reg. jur.* Sed *ibidem*, idest, in *d. L.* 9. adjicitur hoc ita esse, nisi aliquo casu ususfructus in persona Secundi amissus redire possit ad Primum. Finge repetitum esse Primo usumfructum, idest, Secundo usumfructum amittente, iterum usumfructum legatum Primo. Quo casu hic ordo cautionis futurus erit, ut Secundus caveat Primo; Primus heredi seu domino proprietatis.

XI. Cui cavendum? Ei ad quem finitus ususfructus rediturus est, aut spes est rediturum esse. Definitio, quæ exemplis explicatur in *L. si tibi D. eod.* Duo sunt autem, ad quos ususfructus finitus redire potest: proprietarius semper; alius fructuarius interdum.

XII. Ad proprietarium semper redit finitus in totum ususfructus. §. *ult. Inst. de usufr.* Proinde proprietario semper cavendum: et si plures erunt, singulis pro sua parte. *L.* 9. in fin. *D. de usufr. quem. cav.* Res autem sic transigitur. Si testator legavit alicui usumfructum, fructuarius cavebit heredi: *L. si servi, D. eod.* quia apud heredem manet proprietas: Si alii legata erit proprietas pure, huic soli cavebit fructuarius: Si legata erit sub conditione, fructuarius et huic cavebit, et heredi, *L. si tibi, D. eod.* Huic, quia ad eum proprietas perventura est, si conditio exstiterit: Heredi, quia apud eum mansura est proprietas, si conditio defecerit. §. 1. *Inst. de usufr.* Potest autem contingere alterutrum; et utrum accidat, incertum. Proinde ob spem futuri eventus utrique cavendum. Si duobus proprietas legata sit gradatim; puta Primo pure; deinde Primus rogatus est Secundo restituere post tempus: fructuarius et Primo et Secundo cavebit, quia potest amissio ususfructus incidere in tempus tam hujus quam illius proprietarii. *d. L. si tibi D. eod.*

XIII. Ad fructuarium alium redire potest ususfructus amissus, cum duobus ejusdem fundi ususfructus legatus est. Nam inter hos est jus accrescendi, quo fit, ut in unius persona amissus ususfructus alteri conjuncto accrescat. *L.* 1. et deinceps, *D. de usufr. accr.* Ideo placet hos fructuarios invicem sibi cavere debere, et ambos cavere debere heredi in illum casum, si ad socium non pertineat ususfructus. *d. L. si tibi*, in fin. *D. eod.*

XIV. Quid caveatur, contineaturve cautione fructuaria cautio supra proposita ostendit. Habet igitur, inquit Ulpianus, hæc stipulatio duas caussas, id est res duas, propter quas tanquam caussas hæc cautio interponitur: quæ totidem clausulis comprehensæ sunt. Una est de utendi modo: altera de restituendo usufructu, *L.* 1. §. *ultim. D. eod.*

(5) Hæc sententia, præ aliis tribus, quadrifariam enim variant hic DD. benignior videtur Fachineo 8. *Contr.* 40. cum hac ratione utrique consulatur ac pro ea adducitur, *L. hac edictali* 6. §. *his illud* 1. *cir. med. vers. vel certe si fidejussiones C. de sec. nupt.* Et secundum eam in supremo imperii tribunali judicatum, Myns. 6. *Obs.* 48. Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 3. vult rem sequestrandam esse penes tertium, ut inde fructus percipiat fructuarius, vid. et Jo. del Castillo *de Usufr. C.* 18.

XV. Prior est, qua cavet fructuarius se boni viri arbitratu usurum fruiturum. *d. L.* 1. in princ. et §. *cavere.* His verbis hoc cavet, quæcumque *superiore Capite* diximus fructuarium præstare debere, excepta restitutione, et cautione, ea omnia se præstaturum. Hæc enim arbitraretur vir bonus proprietario præstari debere: et ideo arbitraretur, quia ad officium boni viri, qui in re aliena versaretur, et inde fructum perciperet, omnia pertinent. Inest autem in summa in eo, ut fructuarius non facit in re fructuaria, quæ eum facere non debere diximus: puta, ne re abutatur contra conditionem rei ea utendo; ne rem transformet; ne deteriorem faciat: et rursum ut quæ facere eum debere diximus, ea faciat, id est; ut omni diligentia rem asservet, ne pereat, aut deterior fiat; ut quæ reparatione indigent, reparet; ut vectigalia et publicas pensitationes, si quæ sunt, agnoscat. Quocirca, ut breviter complectamur, quæ de his oneribus supra diximus, omnia sunt in hac parte, et hujus partis explicationem continent. Ideo hæc pars ad eadem illa genera duo summa redigi ab Ulpiano videtur in *d. L.* 1. §. *cavere, eod.*

XVI. Altera clausula est de restitutione, qua cavet fructuarius se, *cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit*, *d. L.* 1. in princ. *Restituturum*, non daturum, quia dominus rem suam inutiliter sibi dari stipularetur. *d. L.* 1. §. *ult. L. nemo, D.* de verbor. oblig. *Quod inde extabit*; ut contineatur his verbis non solum res fructuaria, quæ tunc extabit: sed etiam æstimatio rei fructuariæ, si qua forte facto aut culpa fructuarii perierit, aut deterior facta sit. Hanc æstimationem cum præstet fructuarius ob rem fructuariam, non male dicetur æstimatio ex re fructuaria exstare. Et hoc sensit Ulpianus in *d. L.* 1. in fin. *D. usufr. quem. cau.* cum hujusmodi æstimationem ad hæc verba retulit. Sequitur, *Cum usus fructus ad eum pertinere desinet.* Desinit pertinere, qui aliquando cœpit, et fuit fructuarii. Qui nunquam ejus fuit, non potest dici desinere ad eum pertinere. *L. non potest videri desiisse. L. non videtur rem, D. de regul. jur.*

XVII. Ait tamen Ulpianus desinere pertinere usumfructum, etiam si nec cœperit pertinere. *L.* 3. §. 1. *usuf. quem. cau.* sentiens, si cui res sit tradita fruendi caussa ante, quam usus fructus deberetur, et idem caverit se restituturum, quód inde exstabit, cum ususfructus ad eum pertinere desierit; nihilominus fore, ut committatur stipulatio, si ante quam dies ususfructus cederet, ii casus inciderint, quibus amitteretur cœptus ususfructus. Finge legatum usumfructum ex calendis Juniis. Ante eum diem nec debetur ususfructus. *L.* 1. §. *ult. D. quand. di. us. leg. ced.* Verumtamen heredem, ut gratificaretur legatario, fundum tradidisse fruendi caussa ex calendis Martiis, quo commodius fundum colere posset ad reliqui anni fructum percipiendum: et cavisse sibi solemni stipulatione, qua fructuarius caveret inter cætera, se cum ususfructus ad eum pertinere desiisset, restituturum, quod inde exstabit. Legatarium autem ante calendas Julias, quo die incipiebat ususfructus decessisse. Si quæratur, an heredes legatarii ex superiore cautione conveniri possint, quasi extiterit stipulationis conditio, respondet Ulpianus posse. Quod quidem ab illo non dicitur ex verbi significatione, sed ex sententia contrahentium. De verbi significatione illa dicta sunt, non posse videri desiisse rem habere, qui nunquam habuit: item non videri rem amittere, cujus propria non fuit. *d. L. non potest videri desiisse.* Et d. *L. non videtur rem. D. de reg. jur.* At sententia (6) contrahentium est, ut ex superiore casu etiam cautio ista committatur. Plus enim juris est legatario in re cujus aliquando usumfructum habere cœpit, etsi postea finitum, quam in ea, cujus nunquam usumfructum habuit. Quare si hoc actum est verbis, ut quanvis habere cœpisset, tamen restitueret, si ad eum pertinere desiisset: multo magis id actum est, ut si nondum cœpisset pertinere, rem restitueret iis casibus, quibus cœptum usumfructum, si esset finitus, restitui oporteret. Datum est proprietario priore casu rem recipere, quod plus est. Datum igitur recipere et posteriore, quod est minus. Non debet, cui quod plus est, licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui, D. de reg. jur.* Non est hoc comprehensum verbis aperte: sed constat esse actum et sensum, ut fieret. Semper in stipulationibus et cæteris contractibus id sequimur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus. D. de reg. jur.* Desinit autem ususfructus ad fructuarium pertinere, cum suis modis amittitur. Amit-

(6) Expeditissime. Nec igitur credendum in re sensui communi obvia Ulpian. *d. L.* 3. § 1. et Paulum *d. L.* 208 expressis verbis dissidere, ut scribit Forst. *Lib.* 3. *de Succes. C* 21. *n.* 4.

titur autem pluribus, de quibus postea. Et quoniam in his cautione nihil excipitur: idcirco omnes ii casus, quibus ususfructus amittitur, stipulatione continentur. *L. 3. in pr. D. de usufr. quem. cav.* Aliter concepta cautio de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur. Hac exprimi debent tantum duo casus, mortis et capitis deminutionis, quoniam earum rerum usus aliter amitti non potest. *L. etsi*, in fin. *D. usufr. quem. cav.*

XVIII. Vis et effectus cautionis is, qui cæterarum stipulationum, ex quibus quid sub conditione debetur, ut scilicet committatur hic stipulatio existentibus conditionibus singularum partium propriis. Ita enim jus est omnis conditionalis stipulationis, ut existente conditione committatur stipulatio, id est, in ea caussa esse incipiat, ut ex ea agi possit. §. *sub conditione, Inst. de ver. obl.* Sic ergo ex priore capite cautionis actio futura est. In his, quæ ex hac parte præstare debet fructuarius, quædam sunt in non faciendo, veluti, ne contra conditionem rei re utatur, ne rem deteriorem faciat. Tunc committetur ex hoc genere stipulatio, cum fructuarius adversus ea quid fecerit, puta contra utendo, aut rem deteriorem faciendo. Hæc enim conditio est, sub qua ex stipulatione agere liceat, si pactio servata non sit: et committetur in id, quod stipulantis interest hæc facta non esse. §. *ultim. Inst. de verbor. obligat.* Quædam sunt contra, quæ fructuarius facere debet: ut rem omni diligentia custodire, ne pereat, aut deterior fiat; rem collapsam restituere; onera prædiorum sustinere. Ex his caussis committetur adversus fructuarium stipulatio, cum quid eorum factum non erit. Hæc enim rursum est conditio, qua in hoc genere ex stipulatione agere liceat, si factum non sit, quod debuit. *d.* §. *ultim. Instit. verbor. obl.* et committetur item in id quod stipulantis interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus *d.* §. *ult. L. stipulationes non*, vers. *Celsus. L. si pœnam, D. de verb. oblig. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* Et quoniam varie adversus ista peccari potest a fructuario, et sæpe sequitur, ut quoties id factum erit, toties in id, quod ob eam caussam interest, committatur stipulatio. *L. 1.* §. *ult. D. usufruc. quem. cav.* Ex posteriore parte cautionis, quæ est de restituendo usufructu, committitur similiter, cum conditio exstiterit. Est autem hæc conditio, cum ususfructus ad fructuarium pertinere desierit. Quæ conditio quando exsistat, et quid ea contineatur, ante exposui.

XIX. Apparet autem ex verbis, agi tantum ex hac parte, ut restituatur, quod ex ususfructu caussa exstabit. Hinc dubitatio, quomodo consequamur, ut id recte petere liceat. Non enim satis est dicere aliquid exstare. Certum dicere oportet, quod extet, et id certum petere: alioqui non erit edita actio, ubi non intelligat reus, quid a se petatur, ac proinde nec possit scire, utrum cedere, an contendere debeat. *L. 1. D. de edend. L. edita, C. eod.* Nec certum id dicere satis est: sed cum dixeris, probare oportet. Atqui hoc probari non potest, nisi constiterit, quantum ab initio traditum sit fructuario fruendi caussa; ut dici possit ex rebus traditis hoc exstare: illud non exstare. Porro cum ususfructus datur fructuario, et maxime cum est ususfructus omnium bonorum, non solet in res singulas inquiri, quæ et quales tradantur: et ut id sciatur ab initio, tamen si diu duret ususfructus, earum rerum memoria aut probatio interire potest. Quid ergo hic fiet? Danda est opera initio, ut de iis quæ tradita sunt, quæ et qualia sint, probatio suo tempore possit exstare. Ut ergo id fiat, consilium datur ab Ulpiano in *L. 1.* §. *recte, D. usufr. quem. cav.* ut proprietarius et legatarius ab initio in testatum redigant, quæ et quales res sint, cum frui incipit legatarius: ut inde possit, inquit, apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit.

XX. Ex priore parte hujus cautionis semel commissa stipulatione, quia non committitur, nisi in id, quod proprietarii ejusdemque stipulatoris interest; fit, ut semper possit in eam ipsam summam agere quanvis postea proprietas ab eo recesserit. Semel enim commissa stipulatio resolvi non potest. *L. habere*, in fin. *D. de evict.* Ex posteriore autem parte, quæ ad restitutionem ususfructus pertinet quanvis finitus sit ususfructus eoque et secundum verba commissa sit stipulatio: non tamen semper ex ea stipulatione agi potest. Alias stipulatio constituitur proprietario jure ipso inutilis etiam ante finitum ususfructum: alias stipulatione finito usufructu ipso jure commissa, actio hinc nata exceptione removetur. Inutilis ipso jure constituitur illi stipulatio, si is alienaverit proprietatem, et postea amittatur ususfructus. *L. 3.* §. *ult.* in fin. *D. usuf. quem. cav.* Nam ad alium quam proprietarium non potest finitus ususfructus redire. §. *ult. Inst. de usufr.* Hic autem qui alie-

navit, jam proprietarius non est: et quidem sua voluntate et facto desiit habere proprietatem. Quare hic ex stipulatione restitui sibi usumfructum petere non potest, multoque minus ejus successores. Potest quidem ususfructus novo domino restitui, quo etiam non restituto potest dominus rem suam vindicare. Sed ex stipulatione superiore agere ad restitutionem ususfructus non potest, quia ipse ad stipulationem non pertinet, id est, quia nec stipulatus est ipse, aut stipulatione comprehensus, nec stipulatio ad eum transit, qui non est heres stipulatoris. Hæc ad hanc sententiam in *d. L.* 3. in fin. *D. usufr. quem. cav.*

XXI. Ipso jure nata actio ex hac parte nihilominus exceptione removetur duobus casibus. Uno, si amissus quidem erit ususfructus, sed amissus repetitus, idest, ita legatus, ut vellet testator usumfructum eidem legatum, quoties amissus esset. *L.* 3. §. *si ususfructus, D. usufr. quem. cav.* Sic enim amisso semel usufructu necesse est secundum verba committi stipulationem: sed obstat repetenti voluntas testatoris, qui amissum restituit, facitque ut perinde sit, quasi non esset amissus: unde exceptio. Alter casus est, si proprietas sine facto stipulantis ad fructuarium ipsum pervenerit. Ut in hac specie, si testator usumfructum Titio legaverit, et sub conditione, si liberos haberet, proprietatem. Amissio ex hac conditione usufructu, quia scilicet legatarius liberos suscepit: et ususfructus cum proprietate conjunctus finitus est: placet ipso quidem jure committi stipulationem; quia verum sit amissum esse usumfructum sine facto et voluntate stipulantis proprietarii; verumtamen exceptioni locum esse. *d. L.* 3. §. *si ususfructus, eod.* Exceptio ex eo, quod utcumque redierit ususfructus ad fructuarium, ad priorem proprietarium reverti non potest, ut qui desierit proprietatem habere, nec revertitur finitus ususfructus, nisi ad proprietatem. §. *ult. Inst. de usufr.* Interest ergo, utrum proprietatis dominus proprietatem voluntate alienaverit, an amiserit nolens translatam in alium judicio testatoris. Ut priore casu evanescat illi stipulatio ipso jure: posteriore ita committatur jure, ut actio exceptione infirmetur. Juxta quam distinctionem accipi debet, quod in *L.* 4. *D. usufr. quem. cav.* scribitur de fructuario, qui proprietatem adsecutus fuerit, adversus hunc scilicet inutiliter ipso jure agi, si boni viri arbitrium huc usque porrigitur, aut eum in factum excipere debere. Utrumque simul verum esse non potest, cum non sit exceptio, nisi adversus actionem jure civili comparatam. *Inst. de exc.* in pr. et deinceps. Sententia igitur sic accipienda est, ut modo hoc, modo illud possit contingere varie, prout res et caussa alterutrum postulabit. Id quando accidat, in superiore distinctione positum habemus.

CAP. XV.

Remedia proprietario prodita cum ad onera usufructus a fructuario exigenda; tum ad servitutem ususfructus a se removendam, si se eam debere neget: Et in eo de Negatoria actione.

Nexus rerum. I.
Duo partitionis capita. II.
Constituta domino proprietatis adversus fructuarium. 1. *rei vindicatio, ad rem suam vindicandam. Si ille contra rei conditionem utatur fruatur, aut eam mutet, quin tamen deteriorem faciat, et ad alia exigenda præstationis munia.* III.
2. *Actio ex cautione fructuaria domino prodita, si rem deteriorem fructuarius reddidit, (quæ alia adversus eundem ex isto capite remedia).* IV.
Item si rem, non facto quidem, sed negligentia perdidit; aut fecit ex ista caussa deteriorem; aut aliam quamcunque præstationem neglexit. V.
Item, si rem non restituit, usufructu finito: et quando etiam rem vindicare, aut condicere condictione sine caussa possit isto nomine proprietarius. VI.
Cavere detrectanti fructuario, nondum tradito usufructu, negatur actio. Secus, est adversus illum rei vindicatio. VII.
Sed et est adversus eundem condictio sine caussa; et quatenus. Locus Ulpiani exponitur. L. 7. princ. in fi. D. usufruct. quemadm. cav. VIII.
Adversus eum, qui ususfructus controversiam domino facit, et actio negatoria. Quid illa. Ulpiani loco L. 5. princ. D. si usufr. pet. *occurritur ex eodem Ulpiano* ibidem. IX.
Eadem proprietatis domino competit sive possidenti, sive non possidenti. Quis ejus effectus: et quale in ea Judicis officium. X.

I. Cum sint hæc onera fructuarii, quæ ante ostendimus: apparet omnia esse ejusmodi, quæ constituta sint proprietarii caussa: quæ in summa huc spectant, ut et constante usufructu rem salvam habere possit, et finito talem possit recipere. Parum hoc intelligi, ut proprietario consulatur, nisi et huic sua remedia sint, ad ea quæ in hac re sint, obtinenda. Quare et de his breviter dicemus. Et quoniam hac parte id agitur, ut illi de usufructu consulamus: adjiciemus hic etiam, quod in totum ei prosit adversus eum, qui usumfructum in re vindicet.

II. Aut igitur proprietarius usufructu concesso superiora onera et præstationes exiget, aut in totum usumfructum pertinere negabit ad eum, qui se fructuarium dicit.

III. Si superiora onera ut a fructuario exiget, hæc ordine remedia sunt in singulis eorum onera partibus. Si fructuarius contra conditionem rei re utetur, aut si etiam eam ita mutabit, ut his rebus non aperte rem deteriorem faciat; ut nonnunquam aliquid mutando melius reponit: nihil proprietario ad hæc mutanda prodesse potest stipulatio fructuaria: quippe quæ solum committatur in id, quod stipulantis interest, ut supra diximus. Ac nec de damno ulla hic potest esse actio, postquam nullum hic damnum datum esse proponimus. Sed hoc erit remedium. Rem suam proprietarius vindicabit, et si objicietur ei exceptio de re ususfructus nomine tradita, exceptio (1) replicatione doli mali elidetur. Dicetur enim fructuario: non recte tibi ususfructus nomine rem defendis, qui non uteris ea, sed abuteris. Hoc quidem remedium proditum est adversus eum, qui contra officium fructuarii cautionem non præstat. *L. etsi, usufr. quem cav.* Nihil caussæ est, cur id non recte transferatur ad ea omnia, quæ fructuarius pro conditione ususfructus præstare debet, neque præstat.

IV. Quod si is rem deteriorem faciet, his locus esse incipit cautioni fructuariæ, ut ex ea agi possit in id, quod proprietarii interest ut est potestas stipulationis faciendi. Sed et hic extra cautionem eadem remedia sunt adversus fructuarium, quæ adversus cæteros omnes, qui rem alienam deteriorem fecerunt: quæ et supra breviter indicavimus *hujus Libri Cap.* 13. puta, ex lege Aquilia

(1) Quando propterea, quod non arbitrio boni viri utitur, jure suo privetur fructuarius, vid. Jo. del Castillo *de Usufr. C.* 21. *et seqq.*

de damno dato; et si opere facto nocitum sit, interdictum quod vi aut clam. In servis etiam servi corrupti; item et injuriarum, si servum torquendo deteriorem fructuarius fecerit. *L. si cujus.* 13. *§. de præteritis. L. cum usufructuario.* 66. *D. de usuf.* Si rem intervertet, etiam furti adversus eum actio est; item et condictio furtiva. *d. L. si cujus, §. de præteritis, L. ult. D. usufr. quem. cau.*

V. Si fructuarii non facto, sed negligentia res perierit, aut deterior facta sit; cessant superiores actiones de damno dato, deque eo quod alienæ rei nocitum esse dicetur; quæ competunt adversus eum, qui fecit, quo damnum daretur, non qui rem neglexit. Ideo ne propter superiora facta existimetur non necessaria cautio fructuaria, ad hoc certe genus damni necessaria est. Ad hoc enim lex Aquilia et similes de damno non pertinent. Ex hac autem cautione sarcietur. Hoc in d. *L. si cujus*, 13. *§. de præteritis*, in fin. *de usufr.* Si quid non reficit fructuarius, quod illum reficere et restituere pro conditione ususfructus oporteat; ex eadem stipulatione fructuaria actio est in id, quod stipulantis interest, id est, in ea impendia, quæ ad ejus rei restitutionem fieri oportet. Et ideo quod dicitur in *L. quid ergo*, 70. in pr. *D. de usufr.* fructuarium, nisi suppleat gregem, teneri proprietario: de obligatione et actione, quæ nascitur ex cautione fructuaria intelligendum est: postquam committitur hæc stipulatio in id, quod proprietarii interest, de iis omnibus, quæ fructuarius boni viri arbitratu facere debet, neque fecit. Proinde et si vectigalia a prædiis debita non præstitit, eadem cautione tenebitur proprietario, eadem de caussa, quod qui hæc non præstat, boni viri arbitratu non fruitur.

VI. Si finito usufructu, rem non restituit fructuarius: aperte ex eadem cautione eo nomine actio est. Est enim cautio nominatim ita concepta, ut cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituat, quod inde extabit. Sed ei sine cautione proprietarius rem suam potest vindicare; cui vindicanti non potest obstare exceptio ususfructus, qui finitus est. Potest etiam proprietarius rei possessionem condicere condictione sine caussa. Huic enim condictioni locus est, eum quid datum est ob caussam, quæ finita est. *L. 1. D. de cond. sine cau.* Quod in hac specie accidit. Res enim ab initio datur fructuario fruendi caussa. Constat autem finiri hanc caussam finito usufructu. Et si rem ipsam condicere non potest proprietarius, quam in fructuarium non transtulit: at condicet possessionem, quam transtulit. *L. indebiti, §. 1. D. de cond. ind.*

VII. Restat ex omnibus ipsa cautio et satisdatio, quam fructuarius præstare debet. Hæc cum ad omnia fere superiora obtinenda tam sit partim utilis, partim etiam necessaria: in primis diligenter videndum est, si hanc non præstet fructuario, quomodo ab illo obtineatur: Nam ad eam exponendam nulla obligatione obstrictus est. Et remedia hæc sunt: Nondum tradito ei usufructu, si usumfructum debitum petat, aut ut suum vindicet, placet ei non prius dandam actionem, quam satisdederit. *L. si cujus*, 13. in pr. *D. de usufr.* Hoc ex edicto, quo hac conditione datur fructuario actio, si satisdederit. *L. 1. D. usufr. quem. cau.* Quod si omissa hac cautione proprietarius ultro rem fruendam illi tradiderit: placet non ideo videri remissam cautionem, sed et hoc casu posse proprietarium rem suam vindicare: et si objiciatur excepto de re ususfructus nomine tradita, replicatione doli aut in factum exceptionem removeri. *L. etsi, D. us. quem. cau.* Nam hæc ipsa exceptio ususfructus, nihil aliud est, quam fructuarii actio; replicatio proprietarii, nihil aliud quam ejus exceptio, qua superiorem intentionem summovet. *L. 1. L. 2. §. 1. D. de exc.* Jam autem effectum est, petentem ab initio fructuarium, si non satisdet, repelli.

VIII. Adjicit Ulpianus in *d. L. etsi, usufruct. quem. cav.* e iam hoc casu stipulationem condici posse. Quod quidem defendi posse non videtur. Nam neque condictione ob caussam dati caussa non secuta, neque conditione sine caussa, neque conditione indebiti soluti, quidquam repeti potest, nisi quod prius datum est ab eo, qui condicit. *L. si militem, C. de cond. ob caus. L. 1. D. de cond. sine cau. L. 1. L. indebiti. §. 1. D. de cond ind.* At hic proprietarius, qui omisit cautionem, hanc cautionem fructuario non dedit. Sed nec ei remisit. Alioqui contra remissionem non recte repeteret. *L. pactum. D. de pact.* Quæ igitur potest esse condictio et repetitio ejus rei, quæ data non est? Et fatendum est, stipulationem hanc a proprietario initio omissam, non posse recta condici ullo modo ab eo, qui eam non dedit, nec remisit. Sed quæ non potest condici recta, hanc obliqua via recte condicet proprietarius. Condicet enim rem ipsam, quam dedit, condictione ob caussam caussa non secuta. Dedit enim

fruendi caussa, id est, ita eam habendi, ut fructuarius in ea re omnia faceret, quæ ad fruendi caussam pertineat. Inter quæ est unum ex multis, ut præstet cautionem fructuariam. Quapropter hac cautione non interposita, verum est rem datam esse ob caussam, et caussam secutam non esse. Unde condictio ob caussam, et huic adjuncta condictio sine caussa. *L.* 1. *D. de cond. cau. dat. cau. non sec. L.* 1. *D. de cond. sine cau.* Hac condictione est recta condicitur res ipsa fructuaria: tamen vi ipsa consequitur proprietarius cautionem, quam petit. Mallet enim fructuarius cavere, quam rem fructuariam amittere. Inde dicitur non male etiam hic cautionem condici, quam per condictionem consequimur.

IX. Atque hæc remedia sunt ei proprietario, qui usumfructum alii constitutum concedens, onera fructuario injuncta exigat. Quod si quis neget plane usumfructum se debere: etiam huic consultum est actione proposita, qua ultro experiri possit adversus eum, qui usufructus controversiam faciat. Ea est actio negatoria actio altera de usufructu, et servitutibus, prodita domino neganti se servitutem debere. *L.* 2. *D. si ser. vind. L. pen.* in pr. §. *ult. D. si ususfr. pet.* Principio tamen obstabat huic actioni id, quod est in ead. *L. pen.* in pr. sic enim scriptum est, de suo non de alieno jure quemque agere oportere, id est, unumquemque ita debere agere, ut intendat rem aliquam suam esse, jus aliquod suum: non etiam ita posse, ut tantum neget jus aliquod adversario competere. Atqui in actione hac negatoria contra fieri videtur: quippe quæ constituta sit, ut negemus usumfructum vel aliam servitutem adversario deberi. Huic objectioni occurrens Ulpianus ait, quamquam negatoria domino competat adversus fructuarium; magis tamen eum de jure suo agere videri, quam alieno, cum invito se, negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Quod habet hanc sententiam: verbis quidem de alieno jure agere videri eum, qui negat jus aliquod alii competere. At cum addit non competere invito se, seu se jus prohibendi habere, hoc ipso de jure suo agit, vindicans et asserens libertatem et jus rei suæ. Et hoc dicit: res mea ab usufructu et servitute libera est; ex quo mihi jus est te prohibendi, ne in re mea verseris, aut quid facias. *L.* 4. §. *competit. D. si ser. vind.*

X. Competit hæc actio (2) domino proprietatis, sive possideat rem, in qua ususfructus controversiam patitur, sive possideat alius, qui sibi in ea re usumfructum vindicet: ut et possidenti detur, et non possidenti similiter ut confessoria. *L.* 1. §. 1. §. *ult. L. si usufr. pet.* Competit igitur et adversus eum qui domino possidenti in re sua ususfructus controversiam facit. *d. L. pen.* §. *ult.* Petitio et finis actionis hic, ne dominus proprietatis amplius ususfructus nomine inquietetur, ut est in *d. L. pen.* in fin. *D. si ususf. pet.* id est, ut sive res ex ea caussa possidetur ab alio, restituatur: sin ille tantum possidenti vim et controversiam facit, vim facere desinat officium judicis in pronuntiatione eum ad declarationem juris actoris, tum ad restitutionem rei et fructuum, et æstimationem damni, si quod ab adversario datum est idem, quod in actione confessoria, ut declaratur in *d. L. pen.* §. 1. §. *pen. et ult.* de quo satis supra dictum est *hujus Libri Cap.* 12.

(2) An et possessori? Ita putat Hotom. 5. *Obs.* 2. delens vocula m *fructuarius* ut irreptitiam in *d. L. pen. in fin. pr.* ut sensus sit negatoriam non tantum proprietario concedi, sed et possessori, licet nec ipse (possessor) habeat usumfructum ex regula; In pari caussa possessor potior. Male statuitur ibi quod quando fructuarius, verus vel putativus, est in possessione, si alius quam dominus agat negatoria, fructuarium contra eum tutum esse beneficio possessionis, licet non edoceat de jure hoc, usufructu videlicet sibi constituto. Quæres Num et pro aliis juribus extra servitutes dentur actio confessoria et negatoria? Ita voluit DD. quos refellit Corss. *ad L.* 16. *de serv. n.* 9. et Vand. 2. *Q.* 27.

CAP. XVI.

Amitti usumfructum tribus his modis; Soluto jure auctoris: Lege ipsa constituti ususfructus: Et sua ipsius natura. Ac de duobus prioribus.

Continuatio, atque ordo. I.
Tres esse caussas præcipuas, totidemque modos amittendi ususfructus: quæ illæ, et unde nascantur. II.
Nascitur prima caussa amittendi ususfructus ex jure auctoris, seu domini ex antiquiore caussa soluto. Cujus elegans species exponitur. III.
Secunda ex lege constituti ad certam diem et conditionem ususfructus. IV.
Constitui ad certam diem et conditionem, quemadmodum et ex die et sub conditione ususfructus potest; minime vero cæteræ servitutes et obligationes aliæ. Quæ differentiæ ratio. V.
Usufructu alicui constituto, donec filius ejus pubescat; aut furiosus redeat ad sanitatem, an illius morte statim finiatur ususfructus; an duret, et quamdiu. L. ambiguitatem, C. de usufr. *summa exponitur, et illustratur.* VI. VII.

I. Quomodo constituatur ususfructus: constitutus quid juris tribuat fructuario, quid proprietario relinquat, tum quæ utrique remedia sint ejus juris obtinendi caussa, hucusque diximus. Utcumque hæc ab initio recte cœperint: hactenus tamen sunt omnia, donec ususfructus perseverabit. Hoc amisso, una cum usufructu desinunt. Restat igitur ad rectam constitutionem hujus juris illud tertium ex tribus propositis, ut videamus, si amitti et finiri potest ususfructus, quomodo amittatur.

II. Et quod in cæteris rebus, idem etiam in usufructu servatur, ut amittatur et ipse suis quibusdam modis, et quidem hic maxime præter cætera, ne in universum inutiles sit proprietates semper abscedente usufructu. §. *ne tamen, Instit. de usufr.* Amittendi caussæ summæ tres, ac totidem amittendi modi summi. Ducuntur enim aut ex jure auctoris; aut ex lege constituti ususfructus: aut ex ipsa usufructus natura.

III. Ex jure auctoris idem accidit in usufructu, quod in reliquo omni jure a domino constitutio accidere supra diximus, ut eo jure et antiquiore caussa soluto, solvatur et jus utendi fruendi ei, qui accepit. Ex cæteris caussis hoc ita jus est. *L. lex vectigali, D. de pignor. L. et post,* 12. §. 1. *D. sam. erc.* Omnibus ita se habet omnis alienatio, ut ea cum lit, semper cum sua caussa fieri intelligatur, quæ futura esset, si res mansisset apud eum, qui rem aliquam, aut quid juris ex re in alium transtulit, scilicet ut nemo plus juris in alium transferat, quam habuerit. *L. alienatio, D. de contr empt. L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. nemo plus, D. de reg. jur.* Valeat igitur et hoc jus in usufructu. Ut in hac specie: Legatus est fundus Titio sub conditione? Hac pendente habet heres plenam fundi proprietatem, idest, usumfructum cum proprietate conjunctum; ut possit is per id tempus usumfructum alii legare. Finge legasse. Erit quidem interim recte constitutus ususfructus, ut ab eo, qui constituendi jus habuerit. Sed si legati Titiani conditio exstiterit: quemadmodum ususfructus, aut fundus ipse totus ad Titium incipit pertinere, sic ususfructus ab herede, etiam si viveret, recedit: et ut recederet ab eo, sic consequens est, recedat ab eo fructuario, qui ab eo usumfructum accepit. Traditum in *L. si sub conditione, D. quib. mod. usuf. amit.*

IV. Lege constituti ususfructus ipse amittitur, cum nominatim hac lege constitutus est, ut certo tempore finiretur. Quod fit, cum constitutus est ad diem, aut conditionem. Servitutes prædiorum neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt. *L. 4. D. de servit.* usumfructum contra ut ex die, *L. 4. D. de usufr.* sic ad diem et ad conditionem constitui posse placuit. *L. 1. §. ult. D. quan. di. ususfr. leg. ced. L. et puto, §. ususfructus, D. fam. erc.* ut, lego Titio usumfructum, donec ad pubertatem perveniret: lego uxori, donec illi dotis nomine satisfactum erit: atque his modis, ita, ut cum dies venerit, aut conditio exstiterit, ususfructus (1) ipso jure finiatur. *L. si pater, C. de usufr. L. cui ususfructus, D. de usufr. leg.*

V. Atqui quod merito contrarium vi-

(1) Ut nulla actio negatoria ad excludendum fructuarium opus sit. Proinde fructus

deatur, constanter traditum est, ad tempus obligationem constitui non posse, sicut nec legatum: ut si quid ad diem vel conditionem promissum, legatumve sit, nec tempore nec conditione finiri obligatio possit ipso jure: tametsi contra conventionem aut voluntatem defuncti petenti exceptione occurratur. *L. obligationum*, vers. *placet*, *D. de obl. et act. L. nemo*, 55. *D. de leg.* 1. Sed hæc definitio ad usumfructum non pertinet, et generaliter ad eas res, quæ post diem non sunt in rerum natura. Tunc enim proprie dicenda est obligatio tempore aut conditione finiri, cum postquam dies venit, aut conditio exstitit, res ante deberi cœpta manet, et nihilominus post tempus deberi desinit: ut sic vere dicatur obligatio tempore finiri, quia solo tempore finiatur. Quod si post id tempus res ante debita non extet; ut nihil est certius, quam eam rem amplius deberi non posse, si sine culpa debitoris perierit: *L. si ex legati*, *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obl.* ita quominus id retineatur, nun obstat superior constitutio veterum, quoniam re simul cum tempore hoc modo exstincta, non finitur obligatio tempore, sed interitu rei debitæ. Non est constituta obligatio ad tempus, sed eo usque donec quod promissum legatumve est, exstaret: interitura etiam prius, si prius res interiisset. At ex hoc genere rerum est ususfructus ad tempus aut conditionem constitutus. Amittitur is post tempus et conditionem exsistentem: non tamen quia finitur tempore, id est, tempore solo; sed quia prius ipse in rerum natura esse desinit sine facto et culpa proprietarii. Quæ res facit, ut ex regula perpetui juris deberi desinat. Sciendum est enim usumfructum consistere in fruendo, id est in facto ejus, qui utitur fruitur. *L.* 1. in pr. *D. quand. di. ususfr. leg. ced.* Facta postquam perfecta sunt, natura esse desinunt, et quidem ita, ut natura revocari non possint. Hinc naturam ususfructus hanc esse placuit, ut cum ususfructus constituitur, videatur singulorum dierum suus esse ususfructus, qui quotidie finiatur, ac finitus constituatur. *L.* 1. §. *pen.* in fin. *D. de usufr. accr.* Quamobrem cum ususfructus ad diem constitutus est, præteritus quidem post eum diem amplius deberi non potest, quia esse desiit: sequentis autem temporis ususfructus ideo non potest deberi, non quia finitus sit, sed quia non sit constitutus. Recte igitur dicemus cæteras res frustra ad tempus aut ad conditionem constitui, ut post tempus omnimodo non debeantur, quia post tempus possint exstare: exstantes, non potest, quin perpetuo debeantur, quæ semel deberi cœperunt. Usumfructum contra ideo sic ad diem recte constitui, ut post diem non debeatur; quia post diem ille ipse ususfructus non sit futurus, qui constitutus fuerat. Non potest autem amplius deberi res, quæ esse desiit.

VI. Hoc jure posito de usufructu, quæsitum est in quibusdam hujusmodi temporis adjectionibus de voluntatis constituentium interpretatione, et quando in his finiatur ususfructus. Quod contingit, cum ususfructus constitutus est ad tempus, quod alius impleret, et is priusquam ad id perveniret, decessit. Quæsitum, an quia non pervenit, et certum est eum pervenire non posse, statim morte ejus finiatur ususfructus, an vero duret, et si durat, quandiu duret; utrum ad certum aliquod tempus, an vero quandiu fructuarius vivet contempto omni tempore, ad quod ille alius pervenire potuerit. Exempla hæc sunt. Legavit testator uxori suæ usumfructum, donec filius ejus ad pubertatem pervenerit, vel legavit donec filius furiosus in furore manserit, aut quod idem est, donec furiosus ad sanam mentem redierit.

VII. De quo exstat Justiniani constitutio in *L. ambiguitatem*, *C. de usufr.* ad hanc sententiam. Si filius ad pubertatem pervenerit, aut vivus resipuerit, sine dubitatione finiri usumfructum, quia extiterit id tempus, ad quod relictus ususfructus fuerat. Sin filius ante, quam perveniret ad pubertatem, aut ante, quam resipisceret, decesserit: non ideo morte ejus finiri usumfructum, sed vivo fructuario durare, cum appareat testatorem non ad vitam istius extranei, sed ad certa curricula temporis respexisse. Durare autem in hac specie usumfructum non uno modo. Interesse enim, utrum certum tempus præstitutum sit, ad quod filius perveniret: ut in priore exemplo: an incertum, et ex conditione pendens, ut in posteriore. Si certum; usumfru-

postea percepti statim fiunt proprietarii *d. L.* 5. *C. de usufr.* Hinc apud Paul. 3. Sent. 6. §. 38. non amitti dicitur tempore, sed finiri. Hotom. ad *d. L.* 5. Mintoo autem ante diem fructuario, caussam utendi fruendi heredi quoque ad temporis illius finem concedi vult. Hotom. ad *L.* 10. *C. de usuf.* Quomodo finiatur ususfructus patris legitimus, vid. Scip. Gent. *de Bon. mater.* C. 7.

ctum, qui relinquitur in persona fructuarii, ultra id tempus non durare; quia certum sit, quod tempus testator præstituerit legato finiendo. Si incertum: placere mortuo filio, omnique alio extraneo, in cujus personam id tempus collatum est, usumfructum in persona fructuarii perpetuum esse, quamdiu ille vivet. Non obstat, quod fieri potuit, ut quanvis filius ille aut extraneus alius quivis viveret, non tamdiu maneret in furore, quamdiu viveret fructuarius, sed vivo adhuc fructuario impleretur conditio, ad quam usque relictus erat ususfructus. Hoc enim certum non est futurum fuisse. Et contra fieri potuit, ut tamdiu maneret in furore, nec ante mortem fructuarii conditio impleretur. Utrum horum eventurum fuerit, cum sit in incerto, recte Justinianus ait se prius elegisse. Quæ ejus ratio est in *d. L. ambiguitatem*, in vers. pen. et ult. Quippe in dubiis benigniora præferenda sunt. *L. semper in dubiis, D. de reg. jur.* Ea autem sententia benignior, quæ tuetur quam longissime defuncti voluntatem. *L. cogi* 16. in pr. illic. *in ambiguo tamen. D. ad Treb. in testamentis. D. de reg. jur.*

CAP. XVII.

Natura sua usumfructum amitti aut ex persona fructuarii; aut ex re, in qua est ususfructus: aut ex ususfructus cum proprietate conjunctione. Ex persona fructuarii tribus modis; Morte ejus; Capitis deminutione; et Non utendo. Ac de his tribus.

I. Natura sua amittitur ususfructus, cum neque in persona constituentis, neque in constitutione ipsa servitutis quidquam est, quominus ususfructus sit perpetuus: sed recte constitutus ab initio, post deinde rebus ad factum utendi necessariis destituitur: puta persona utentis, re fructuaria, ususfructus a proprietate separatione. Nam sine his usus personæ in re aliena esse non potest. In hoc autem facto personæ ususfructus consistit. *L.* 1. in princ. et §. 1. *D. quand. di. ususfr. leg. ced.* Sic fit, ut natura sua a-

mittatur usussfructus aut subducta persona utentis; aut re fructuaria sublata: aut usufructu cum proprietate conjuncto.

II. Subducitur utentis persona, cum aut esse desinit, qui deinceps utatur fruatur: quod fit morte fructuarii, vel capitis deminutione; aut is se uti nolle facto suo ostendit, quod fit per constitututum utendi tempus non utendo: Ita etiam ex persona fructuarii, naturæ ususfructus convenienter, amittitur ususfructus tribus modis; (1) morte fructuarii, capitis deminutione, negligentia utendi, seu non utendo. *L. corruptionem* in pr. *C. de usufr.* §. *finitur. Inst. eod.*

III. Morte amitti usumfructum, inquit Ulpianus, non recipit dubitationem. Addit rationem, eum jus fruendi morte exstinguatur; sicuti si quid aliud, quod personæ cohæret. *L. ult.* §. *ult. D. quib. mod. usufr. amit.* Videatur fortasse hæc eadem ratio esse cum propositione: quandoquidem nihil aliud est jus fruendi, quam ususfructus: nec aliud usumfructum morte amitti, quam usumfructum morte extingui. Sed non sunt hæc eadem. Dixit enim ἐμφατικῶ, jus fruendi, non ut exprimeret usumfructum, quem prius nominaverat; sed ut significaret id jus tale esse, quod sit in fruendo, idest, in faciendo positum. Hac vero ratione recte colligit usumfructum morte amitti. Facta enim in alicujus personam collata, personæ cohærent, nec personam egrediuntur. §. *sed cum factum. Inst. de stip. serv.* Proinde et ususfructus atque usus, idest servitutes omnes personales, quando hæ in utendo fruendo, idest, faciendo, consistant. Quod si ita est, etiam eas, ut omnia, quæ personæ cohærent morte exstingui necesse est. Quud et generaliter traditur in *L. non solum*, §. *tale, D. de lib. leg.* Nec unquam aliter fit, nisi nominatim comprehensi sint heredes, de qua exceptione postea.

IV. Postquam igitur ususfructus proprium est, ut finiatur morte, quid fiet, si iis relictus erit, qui mori non possunt, puta (2) civitati aut municipibus? Utrum usumfructum non valere dicemus, quia sit contra naturam ususfructus constitutus: an vero valere, quanvis sit perpetuus, ut voluntas testatoris etiam contra conditionem ususfructus servetur ex lege duodecim tabularum? *L. verbis legis, D. de verb. sig.* Et placuit usumfructum valere ex voluntate testatoris. Neque ideo contra natuam ususfructus esse perpetuum, sed ita temperandum, ut morte quoque finiri videatur; non sane morte civitatis, quæ mori non potest: sed tanto tempore huic speciei præfinito, quanto viveret homo etiam (3) longævus. Et quoniam hoc tempus summum esse solet centum annorum (nam longius esse non solet, nisi raro: ad ea autem jus non aptatur, quæ raro eveniunt. *L.* 2. et seqq. *D. de legib.*) placuit etiam tempus centum annorum hic esse observandum, ut tandiu, non diutius, tuendi sint in usufructu sibi constituto municipes. Hoc in *L. an ususfructus*, 56. *D. de usuf. L. si ususfructus, D. de usuf. leg.* Sane si civitas ante id tempus ita (4) deleta sit, ut placeret amplius civitatem non esse, quod olim contingit Carthagini a Romanis: quasi morte desinet exinde habere usumfructum *L. si ususfructus civitati, D. quib. mod. usufr. amit.* Itaque quanvis postea restituta, non recipiet usumfructum semel exstinctum: quia hæc alia civitas est, quæ est restituta. *arg. in L. quid tamen*, §. 1. et §. *in navis, D. quib. mod. usuf. amit.*

(1) Ipso jure, ut non necessaris sit restitutio, sed dominus naturalem possessionem propria auctoritate accipere possit. Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 61. fusius de hac amissione tractans.

(2) Idem est si Ecclesiæ relictus, Beust. *ad L.* 11. §. *item* 2. *D. de Jurejur. n.* 11. P. Busius *ad L.* 21. *h. t. n.* 2.

(3) Longissimæ vitæ hominum tempus *L.* 23. §. 1. *C. de SS Eccles.* longissimum spatium senescendorum hominum, Cujac. 15. *Obs.* 22. vid. Hotom. 8. *Obs.* 10. Goth. *in not. ad d. L.* 23. §. 1.

(4) Aratro inducto. Aratri inductione et in fundandis urbibus veteres usi, *L.* 239. §. 6. *de V. S.* Nic. Parott. *Cornucopiæ in Martial. Epig. p. m.* 134. P. Greg. 1. *de Rep.* 2. Ræv. 2. *Conject.* 7. Sc. Gentil. *Orig. Lib. sing. p.* 393. *et seq.* et in subvertendis.

Horat. 1. *Od.* 16.

. . . . *Imprimeretque muris*
Hostile aratrum exercitus insolens.

Seneca 1. *de Clement. Injicere tectis ignem, aratrumque vetustis urbibus inducere.* P. Fab. 1. *Semestr.* 8 Ræv. *d. lo.* Balduin. *ad* §. 3. *I. de Usufr. n.* 4. P. Greg. 4. *Synt.* 5. *n.* 15. Parlador. 1. *Rer. quotid.* 21. *n.* 4. Patrum nostrorum ætate, more a Judæis ducto, super aversæ urbis sola sal spargi solitum. Quod passa legitur Mediolanum. Sal enim symbolum sterilitatis et inopiæ rerum omnium. Scip. Gentil. *d. loc. p.* 394. Non vero erroris argui debuit Modestinus a Bodino 1. *de Rep.* 6. *p. m.* 80. quasi civitatem non in jure, sed in moeniis ac ædificiis consistere putaverit. Non consistit in mœniis civitas, solo tamen illis et ædibus æqualis desinere civitatem necesse est.

V. Quæsitum est etiam hoc loco eadem ista de caussa, si proprietas alicui legata sit nominatim ita, ut ususfructus maneret apud heredem, valeatne hujusmodi relictum, an non valeat, quia in proposito videretur ususfructus constitui perpetuus, quod ipsum in usufructu esset contra naturam ususfructus: in proprietate autem, hujus legatum inutile redderet. Nam illa verba, ut ususfructus apud heredem maneat, hoc efficiunt, ne unquam morte fructuarii finiatur: cum primo herede decedente locus fiat ejus heredi, et deinceps hujus quoque heredi, et in infinitum heredum heredibus. Heredis enim appellatione omnes hi continentur. *L. heredis appellatio, L. heredis appellatione, D. de verb. sign.* Justinianus veterum de hac specie dubitationibus silere jussis, constituit valere relictum. Id autem ut recte fieret, sic legatum est interpretatus, ut juberet usumfructum consistere in (5) persona tantum primi heredis; cujus non tantum morte, sed et capitis deminutione, et negligentia amitteretur. *L. antiquitas, C. de usufr.* In qua voluntatem defuncti secutus est, non verba. Hæc enim testatoris mens fuit, ut legatum et ususfructus valerent, si non per omnia, ut verba significant: at saltem quatenus possent. Et in ambigua voluntate testatoris semper id agendum, idque ipsum ex sententia esse videtur testatoris, ne legatum intercidat. *L. cogi*, 16. in pr. illic. *in ambiguo. D. ad Treb.* Sic autem conservatur in proposito legatum, si non omnes heredes acripiantur in infinitum. Quod si aliquos sumi oportet, unum oportuit, non plures. Nulla enim caussa est, cur quod pluribus tribuitur non tribuatur ex æquo omnibus. Unum si accipi volumus, hunc primum intelligi oportuit, non sequentes, ne res ad sequentes perveniens incidat in superiorem difficultatem. Quod et in illa stipulatione, Calendis dabis? Eadem ista ratione receptum est. Nam cum hic aliquas Calendas necessario intelligi oporteat, placuit unas accipi debere, et eas primas, ne alioqui plures accipiendo, aut remotiores, abeat res in infinitum, atque hoc modo fiat stipulatio inutilis. *L. eum qui Calendis*, 41. *D. de verb. obl.*

VI. Capitis (6) deminutione fructuarii amittitur ususfructus, olim quidem maxima media et minima: de quibus generibus est in *Inst. de cap. dem.* et suo loco supra attigimus *Lib.* 3. *Cap.* 14. nunc autem ex constitutione Justiniani solum (7) maxima, et media. *L. corruptionem, §. ult. C. de usufr. §. finitur, Inst. eod.* Quod quidem ita constitui superiori modo consequens fuit. Nam et

(5) In re sui natura non transitoria ad heredes appellatio heredis continet solum primum heredem, Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif. p.* 4. *Declar.* 4. *n.* 2. add. Gœd in *L.* 65. *de V. S. n.* 7. Balduin. *in* §. 3. *I. h. t. n.* 7.

(6) An et spirituali, professione monastica? Neg. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 1. *n.* 47. *et seqq.* Castillo *de Usufr. C.* 64. Dissent. Covar. *in C.* 2. *extr. de test. num.* 14.

(7) Olim tamen omni etiam minima, quia leges Digestorum generatim et indistincte loquuntur *L.* 1. *pr.* et §. 1. *L.* 3. *L.* 14. *h. t. L.* 23. *L.* 23. *L.* 29. *de Usuf. leg.* et hoc aperte scribit Paul. 3. *Sent.* 6. §. 34. vid. Jo. del Castillo *de Usufr. C.* 66. Amittitur autem sic sive jure civili constitutus, sive tuitione prætoris *L.* 1. *pr. h. t.* Licet enim is nullus videatur, tamen absurdum ob id difficilius amitti, quod infirmior, nulloque juris vinculo subnixus, ait A. Fab. 65. *Err. Prag.* 2. Qui et *ibid. d. L.* 1. *pr.* emendans pro *traditus quoque* legit *traditus quomodocunque*, id est ex quacunque caussa, sive jure civili *probata* et cognita, sive non. Errorem ortum vult ex contractiore scriptura, *quoque*. Alias sequeretur, inquit, traditum usumfructum non constitui nisi per tuitionem prætoris. Atqui et verus ususfructus traditur, inducto fructuario in possessionem et patientia præstita *L.* 3. *Pr. de Usuf.* Quæ non probo. Neque enim ex vulgata lectione sequitur traditum usumfructum sustineri a prætore, sed per traditum intelligitur verus, meri juris vinculo subnixus. Nam quia in vers. *et parvi*, dixerat IC. nullum esse, quoad hanc amissionem, discrimen inter jus civile et prætorium, conveniens fuit in vers. *proinde*, adferri exempla utriusque ususfructus. Exemplum igitur Civilis adfert in tradito; prætorii in fondo vectigali vel superficiario imposito. Neque quod Faber vult, major dubitatio in prætorio quam civili, sed in hoc quam illo, ut constructio sermonis convincit. Perinde enim est ac si dixisset tam jure constitutus quam tuitione, vel non minus civilis quam prætorius. Sane quia Civilis firmiori innititur vinculo, juste poterat videri perseverantior. Quæ autem est illa ratio dubitandi de prætorio, et major quam in civili, a Fabro allata? Quia amitti non posse videtur, qui nullus intelligitur. Immo vero intelligitur, prætoris interpretatione, et quatenus intelligitur, eatenus perit. Sane vel ideo Fabri correctio et expositio inconveniens; quod si dixisset IC. traditum *quomodocunque*, id est, ex quacunque caussa, sive jure Civili sive prætorio probata, non debuit subjicere, *item etc.* Quæ vocula arguit speciem sequentem in præcedenti non contineri, alias necessaria vocula *veluti*; vel similis.

his capitis deminutionibus mors quædam civilis contingit, dum prior libertatem aufert, posterior libertate salva civitatem: illa liberorum omnium, hæc civium numero hominem eximit. *L. ult. D. de cap. min.* *§. cum autem Inst. quib. mod. jus. patr. pot. tol.* ut sic pariter utraque capite minutum tam e civium numero tollat, quam si is natura decessisset. Inde dictum, quo ad jus civile attinet, servos pro nullis haberi. *L. quod attinet, D. de reg. jur.* et, deportatos (quorum media capitis deminutio est) mortuorum loco habendos. *L. 1. §. pen. D. de bon. pos. contr. tab.* Nulla ejusmodi mortis species in capitis deminutione minima: ut cum per hanc nun subducatur ullo modo de medio persona fructuarii: merito constituerit Justinianus nihil esse, cur ea capitis deminutione similiter ut superioribus usus-fructus interiret.

VII. Nun utendo (8) amittitur ususfructus tribus modis. Primum si fructuarius in totum non utatur neque hoc, neque illo modo. De quo nemo potest dubitare si verum est, ut est, usumfructum non utendo amitti. *d. L. corruptionem.* Tum enim maxime dicitur quis re non uti, cum omnino non utitur. Secundo, si non utatur per modum, ut est in *d. §. finitur. Inst. de usufr.* id est, non ad eum modum, qui utenti in constituendo usufructu præstitutus est. Ut puta, legatus est ususfructus ædium Titio ita, ut æstate habitaret. Habitavit hieme. Non videtur usus, qui ad suum modum usus non est. Idem est, si silvæ ususfructus legatus sit alicui, ut certo tempore silvam cæderet, aut certo modo; et alio tempore, aut alio modo cæciderit. *L. 2. D. de aq. quot. et æst.* *L. si communem, §. 1. L. is cui, seq. D. quem. serv. amitt.* Tertio modo, si fructuarius usus quidem sit, sed usus tantum, dum ignorat usumfructum sibi constitutum et usum tantum se habere existimat. Non enim, inquit Paulus, ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere. *L. is qui. D. quib. mod. usufr. amit.* Non putavit autem se habere usumfructum: quapropter nec eo uti voluit. Plane si quis sciens se usumfructum habere, tantum uti velit, idem ait nihilominus cum et frui videri. *d. L. is qui.* Scilicet quia utitur ut fructuarius, qui utitur sciens se habere usumfructum.

VIII. Sed his omnibus modis non utendo amittitur ususfructus, si non sit usufructuarius per tempus. Sic enim verba sunt in *d. §. finitur. Inst. de usufr.* finiri usumfructum non utendo per modum et tempus. Ubi intelligere debemus, tempus constitutum, intra quod si qui usus non sit, placeat amitti usumfructum. Id tempus olim brevius ut in usucapione vetere; nunc revocatum constitutione Justiniani ad tempora ab eo ipso usucapioni præstituta. Sic enim ipse definit in *L. corruptionem*, illic, *nisi talis exceptio, C. de usufr.* non utendo non amitti usumfructum, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem, vel absentem excludere. Hæc exceptio est, quæ acquiritur usucapienti, et re usucapta priorem dominum vindicantem removet. Scimus autem ex alia ejusdem principis constitutione, quæ sint tempora usucapioni, et simul huic exceptioni præstituta: triennium nimirum esse in rebus mobilibus; in rebus autem soli decem annos inter præsentes, viginti inter absentes. *L. unica, C. de usuc. transfer.* Quapropter et eadem tempora in hac amissione accipere debemus. Ut scilicet ita bis modis pereat non utendo ususfructus, si fructuarius re mobili non sit usus triennium totum; immobili decem annos inter præsentes, viginti inter absentes. Quo jure posito, restat ad omnem hujus partis amissionem, ut quæratur, quis non sit usus.

IX. Et is non uti intelligitur, non qui per se ususfruitus non est: sed qui nec per se, nec per alium. Sic enim est jus fructuarii, ut non solum possit ipse per se frui re fructuaria, sed etiam per alios.

X. In hoc numero sunt primum si quis negotium ejus gerens utatur fruatur: deinde si qui sint, quibus rem fruendam concesserit, vel pretio, dum usumfructum vendit; vel mercede, dum locat; vel gratis, dum donat, aut concedit precario. *L. non utitur, 38. L. arboribus, 12. §. usufructuarius, D. de usufruct.* Per emptorem usufructus, conductorem, donatarium quin videatur uti fructuarius, et usumfructum retineat; siquidem superiores illi utantur, nulla dubitatio. Si ipsi non utantur, an amittat usumfructum, dubitatum est, quia tum nemo videatur uti, nec ipse, nec ejus nomine alius. Sed hic distinguitur in *d. L. non utitur, 38, in fin. et 2. seqq. D. de usufr.* ut si quidem fructuarius donaverit usumfructum, non alius retineat, nisi donatarius utatur; quia tum vere dicatur nihil esse neque in persona fructuarii, neque

(8) Vid. Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 67. ubi et tractat quando actio personalis pro usufructu constituendo competens permutatur.

in persona alterius, propter quod dici possit fructuarius re fructuaria usus esse. Quod si usumfructum vendiderit, videatur usumfructum retinere, etiam si emptor non utatur: scilicet quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligatur, quam qui principali utitur fruitur. Ratio reddita in *L. quia*, 39. *D. de usufr.* Qua ratione et de eo, qui locavit, idem dicemus, sive is mercede, sive actione mercedis consequendæ caussa fruitur. Est enim locatio et conductio similis venditioni. *L. 2. D. de locat.* Ubi autem, et quatenus merces, mercedisve actio acquiratur fructuario, diximus supra hujus *Libri Cap.* 9.

XI. Quod tamen dicitur fructuarium usufructu vendito aut locato, videri uti et usumfructum retinere hoc ipso, quod pretium aut mercedem habet; ita temperandum est ex Pomponii distinctione, quæ traditur in *L. Pomponius, D. quib. mod. ususfruct. amit.* ut referat, cui ususfructus sit traditus, proprietarione, an extraneo. Nam si ususfructus venditus sit aut locatus proprietario, et proprietarius deinde alii vendat aut locet suo nomine: placet fructuarium licet proprietarius ei pensionem solverit, tamen usumfructum per constitutum tempus amittere: quia emptor nec proprietarii, nec fructuarii nomine utatur, sed suo. Quod si locatus sit ususfructus alii extraneo, placet omnimodo per eum usumfructum retineri, quamvis conductor eum alii locaverit. Ubi bene Accursius adjecit, quamvis eum locaverit etiam suo nomine, ex *L. qui universas, §. ult. D. de acq. poss.* Et hoc etiam distinctio superior Pomponii exigit, qui proprietarium conductorem in ea caussa ab extraneo conductore separat. Quæ distinctio parum expeditam differentiæ rationem habere videtur. Nam hic tam proprietarius, quam extraneus iste pariter suo nomine vendunt aut locant, et emptor vel conductor pariter suo, aut ejus, a quo acceperunt, nomine utuntur, non nomine fructuarii. An non ergo in iisdem eorum factis pares caussæ? quod si pares, an non in his idem jus statui oportuit? *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Sed non eo minus caussæ sunt dissimiles. Dissimilitudo ex jure proprietarii, et extranei istius in re fructuaria. Proprietarius, qui usumfructum emit, vel conduxit, rem suam vere possidet, non fructuarius. *L. sciendum*, in princip. et versic. *eum, D. qui satisd. cog. L. acquiruntur. §. ult. D. de acq. rer. dom.* Quare si eam alii locet fruendi caussa suo nomine, etiam suo nomine fruetur, et per conductorem rem possidebit. Nec cum id faciet, mutabit sibi caussam possessionis, quod regula juris vetatur. Nam et prius, ut dixi, possidebat. At extraneus eum usumfructum emit, aut conducit, rem non possidet: sed nec tenet ab initio, nisi fructuarii nomine, a quo accipit. *argum. in §. possidere, Institut. de interdict.* Ut igitur maxime eam rem vendat postea, aut locet alii suo nomine; non tamen efficiet, ut videatur suo nomine possidere, qui prius non possidebat. Nemo enim ipse sibi mutare potest caussam possessionis. *L. qui bona, §. 1. D. de acquir. poss. L. non solum, §. 1. D. de usuc.* Sic fit, ut semper fructuarii nomine intelligatur rem tenere, qui ejus nomine ab initio possessione suscepta, hanc caussam postea sibi mutare non potest.

XII. Quod dicimus usumfructum non utendo amitti, sic accipiendum est, ut amittatur non semper totus, seu totius rei, cujus ususfructus relictus est: sed quatenus quis re usus non sit. Re tota si quis usus non est, amittet totius rei usumfructum. Si parte tantum, ejus solum partis usumfructum amittet. Potest autem quis usufructu alienjus rei constituto, parte tantum non uti et divisa et indivisa. Unde placet et (9) certæ, id est, divisæ partis, et pro indiviso usumfructum non utendo amitti. *L. placet, D. quib. mod. ususfr. amitt.* Finge agrum divisum in duas partes regionibus. Si fructuarius una sit usus, altera non item: illius usumfructum retinebit, hujus amittet. Sed et si is, cui partis dimidiæ pro indiviso ususfructus relictus erat, pro parte tantum tertia sit usus, pro reliqua parte tertia usumfructum tantum amittet.

XIII. Et sunt hactenus hi modi amittendi ususfructus ex persona fructuarii. Ex qua cum pendeant, fiunt certi tunc, cum unus est fructuarius, et is certus: aut plures quidem, sed singuli distinctum et certum usumfructum designatum habent. Sic enim intelligetur, ex cujus morte, capitis minutione, aut negligentia amittatur ususfructus cujusque. Sed accidit interdum, ut incertum sit inter plures, quis sit fructuarius. Ex quo dubitatio, cujus ex his personis quibus jure suo privatur, illius rei solum usumfructum amittere non etiam cæterarum, licet diss. Castillo de *Usufr. C.* 24.

(9) *L.* 14. *h. t.* Cui consequens videtur, quando fructuarius male in una re versatus eamve deteriorem culpa sua reddidit, casibus quibus jure suo privatur, illius rei solum usumfructum amittere non etiam cæterarum, licet diss. Castillo de *Usufr. C.* 24.

nam in amissione ususfructus spectare debeamus. Quæ quæstio quia circa hoc genus incidit, etiam hoc loco dirimenda est. Et quoniam æstimatur hæc amissio ex persona fructuarii; etiam illud statuendum, quis hic pro fructuario sit habendus. Incidit autem hæc dubitatio in duobus generibus personarum. Primum in duobus, quorum uni ususfructus relictus est, et idem rogatus eum usumfructum alteri restituere. In qua specie olim dubitatum est, an non ex persona legatarii amitti deberet ususfructus potius, quam fideicommissarii, tametsi huic maxime restitutus esset ususfructus. Dubitatio ex eo, quod legatario ipso jure acquisitus ususfructus erat. Quæsitus non desinebat ad eum pertinere, quanvis fideicommissario restitutus. Jure enim vetere res non acquirebatur fideicommissaria ipso jure, seu jure civili: sed tantum tuitione prætoris. Unde actio fideicommissario ad rem relictam persequendam tantum utilis, ut est in *L. Pomponius.* in fin. *D. quib. mod. ususfruct. amitt.* et quæ petendi fideicommissi caussa ab initio actio fuit in personam, dicta est persecutio extraordinaria, quæ ordinarii juris exsecutionem non haberet, ut suo loco supra diximus *Libro octavo*, *cap.* 5. *L. pecuniæ*, *§. actionis*, *D. de verb. significat.* Quod si restitutus ususfructus ex hoc jure non transibat ad fideicommissarium, ne a legatario quidem hac restitutione recedebat. Unde necesse erat etiam post restitutionem usumfructum ejus manere. Cui et illud consequens erat, ut usumfructum ex persona ejus tanquam fructuari finiri oporteret: puta morte ejus, capitis deminutione, aut dum is non utitur. Unde etiam Pomponii dubitatio in *d. L. Pomponius*, in fin. *quib. mod. ususfr. amitt.* an in specie proposita videtur legatarius per fideicommissarium frui, ne amittatur ex ejus persona ususfructus. Sed nihilominus etiam jam olim recepta fuerat hæc sententia (10) fideicommissarium in proposito pro fructuario habendum, eoque et ex ejus persona magis, quam ex persona legatarii usumfructum perire debere: scilicet, quia etsi non haberet usumfructum ipso jure, haberet tamen jure, prætorio, propositis ei utilibus in eam rem actionibus, quibus efficeretur, ut non aliter tuendus esset, quam si ei legati jure acquisitus esset ususfructus. Quæ sententia est *L. 4. D. quib. mod. ususfr. amitt. L. si quis usumfructum, ff. de usufr. leg.* Hodie omnis hæc dubitatio sublata est Justiniani constitutione, quæ est de legatis et fideicommissis exæquandis. Postquam enim ea constitutione quæ legati erant, tributa sunt fideicommissis per omnia, etiam illud effectum est, ut sicut legatus ususfructus legatario; ita et fideicommisso relictus fideicommissario ipso jure acquiratur, *L. 2. C. com. de leg. L. 1. D. de legat.* 1.

XIV. Eadem dubitatio vetus est in altero genere personarum, cum alicui ususfructus relictus est, et per eum jure alteri quæsitus; ut fit, cum relictus est servo, et per servum quæsitus domino; cum filiofamilias relictus, et per eum quæsitus patri. Quæritur enim, utrum in hoc usufructu, morte, capitis deminutione, vel negligentia amittendo, spectari debeat servi, vel filiifamilias persona, an vero domini, vel patris. Quippe illi judicio testatoris quodammodo fructuarii sunt; hi jure.

XV. Et de ea specie constitutum est a Justiniano (11) in *L. ult. C. de usufr.* ad hanc sententiam. Siquidem enim servo relictus est, voluit domini personam spectari, non servi. Merito: quoniam per servum sic acquiritur ususfructus domino jure potestatis, ut dominus jure incipiat esse fructuarius, non servus. Nec putavit Justinianus verisimile esse eum, qui reliquit usumfructum servo, quem sciret esse servum, alterius contemplatione reliquisse, quam domini. Quod si ususfructus relictus sit filiofamilias, hic novum quiddam Justinianus constituit; quem locum supra obiter attigeramus, *Libri superioris Cap.* 5. tum scilicet usumfructum sic accipi debere, quasi utrique datus sit tam patri, quam filio. Sed patri primum, et ei soli: cujus etiam in persona vult usumfructum manere, quandiu pater vivet, nec capitis deminutionem maximam vel mediam passus erit, nec quidquam illi obesse, quod forte multo ante ejus mortem filius decesserit. Patre autem morte vel capitis deminutione sublato e medio, tum vult usumfructum apud filium manere, etiam si patri non exsistat heres, quasi ab initio relictum magis filii contemplatione, quam patris. Quæ constitutio aperte hoc statuit, usumfructum solum relictum filiofamilias, per eum acquiri patri, cujus in potestate est: idque eo jure, quo ex ejusdem

(10) *L. 3. Si us. pet.* A. Fab. 65. *Err. Prag.* 2. *pag.* 291.

(11) Qua de re et quæ ratio *d. L. ult.* prolixe Jo. del Castillo *de Usufr. C.* 63.

principis constitutione usufructus adventiciorum bonorum filiifamilias acquiritur patri. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.*

XVI. Quod autem cavet, ut cum is ususfructus ad patrem pertinere desinet, redeat ad filium tanquam ejus proprium; hic novi aliquid statuere videtur; et præter naturam cæterarum rerum, quæ usquam patri acquiruntur. Huic enim semel quæsita sic fiunt ejus, ut mortuo eo non ad alios pertineant, quam ad heredes ejus pro portionibus hereditariis. *L. filiæ*, 12. in fin. *L. si donatione seq. C. de coll. L. certum*,* *C. fam. erc.* Quod si res quæsita ad heredes transferri non possit, ut ususfructus, quid restat, nisi ot res quæ in ejus solius persona constiterat, morte ejus plane finiatur? Et hoc recte dicitur in ea re, quæ ona est. Hæc enim semel patris facta, non potest nisi jure patris ad alios transferri. At ususfructus filiofamilias relictus duplex quodammodo esse fingitur: unus patris, tandiu illi datus, quandiu in persona ejus poterit consistere: alter filii, qui tum esse incipit, cum prior ususfructus ad patrem pertinere desierit. Hic patri (12) quæri non potuit; quia cum haberet conditionem, cum ad patrem pertinere desinet, ante conditionem exsistentem dies ejus cedere non potuit. Et ut non potuit patri acquiri, sic nec morte ejus interire, *L. 1. D. quib. mod. ususf. amit.*

XVII. Sed videndum diligenter, de quo usufructu hanc constitutionem accipi oporteat. Jam primum de usufructu ex caussa peculii castrensis, aut quasi castrensis constituto intelligi non potest, quia ex his caussis nihil patri acquiritur. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* §. 1. *Instit. per quas person.* ut proinde in hoc usufructu inepte spectetur persona patris, cum de eo ex persona fructuarii amittendo quæritur. Rursum si constitutus est a patre ipso, vel ab alio contemplatione patris: profectitius est, *L. profecticia, D. de jur. dot.* Hoc genus rerum in totum patri acquiritur, nihil inde filio. §. 1. *Instit. per quas person. nob. acq.* ut totus spectandus sit ex persona patris, nec inde quidquam redire possit ad filium. Tunc ergo superiori constitutioni locus est, cum ususfructus constitutus est filiofamilias ab extraneo vel contemplatione filii aperte, vel simpliciter ita, ut incertum sit, utrius contemplatione sit constitutus, patris, an filii, an utriusque.

XVIII. Et meminerimus ideo placere in hoc usufructu amittendo spectari personam patris, quia patri ab initio quæsitus est. Ut quoniam pater jure fructuarius esse coepit, non debeat ususfructus ex alterius, quam ipsius persona ab initio interire. Non mirum si aliud servetur in eo, quod servo aut filiofamilias mortis caussa donatum est, in quo genere placet cum de revocanda donatione ex morte donatarii agitur, non domini aut patris personam, sed servi et filii esse spectandam. *L. si filiofamilias*, 23. *L. ult. D. de mort. causs. donat.* Personam enim ejus, cui donatum est, hic inspiciendam esse convenit. *d. L. ult.* At hic antequam mors donatoris insecuta sit, nihil donatum est, nihil ex donatione quæsitum patri aut domino. Quo efficitur aut hic neminem esse, cui donatum sit, aut cum esse filium vel servum, in quos donatio collata est.

(12) Diss. Suerin. et Vand. ut notavi supra, vid. *Cap.* 3. *N.* 1.

CAP. XVIII.

Ex re fructuaria amitti usumfructum Interitu totius rei, Mutatione ejus; et hostili occupatione. Cur; et præcipue Quæ sit ista mutatio rei, et quatenus ea mutatione ususfructus intereat.

Amittitur ususfructus ex ipsa re fructuaria tribus modis. I.
1. *Rei totius interitu.* II.
2. *Mutatione. Cujusmodi illa, et unde dignoscenda illustratur exemplis.* III. IV.
Etiamsi re mutata quam multæ illius partes integræ maneant. Plura et hujus sic amplificatæ definitionis exempla. V.
Contrariis occurritur. Et differentia ususfructus a servitutibus, et aliis, quæ jura in rem *nostri dicunt, ostenditur.* VI. VII.
Si mutata res ad priorem formam et speciem redeat, an, et quando reviviscat ususfructus. Quomodo distinctione res temperetur. Proposita utrinque veterum exempla. VIII.
Etiamsi mutatio rei non accidat a fructuario; et quæ huic amisso usufructu, proprietarii culpa vel alterius, reliquæ sint adversus istos actiones. IV.
3. *Capta re ab hostibus et quare; et quomodo ususfructus restituatur, si ad suos capta res redierit.* X.

I. Ex re fructuaria amittitur ususfructus, cum res de medio ita sublata est, ut jam in usu nostro esse non possit. Subtrahitur res usui nostro, partim natura, partim jure. Natura; cum res quæ fuerat, in rerum natura esse desinit: quod contingit aut interitu totius rei, aut rei mutatione. Jure; cum res manens ab hostibus occupata est. Nam et hac occupatione sic res venit in hostium potestatem, ut nihil juris amplius veteribus dominis possessoribusve inde relinquatur, ut postea dicetur. Ita, si rem summatim complecti, et hæc in unum conducere volumus: repericiur ususfructus a re fructuaria amitti tribus his modis; Interitu rei fructuariæ; Mutatione ejus rei; et hostili Occupatione.

II. Interitu totius rei amitti constat, cum nihil sit amplius in ea re, quo deinceps utamur, et ut Celsus ait, ususfructus est jus in corpore: quo sublato et ipsum tolli necesse est. *L.* 2. *D. de usufr.*

III. Sed et mutatione rei res esse desinit ea, quæ prius fuerat, non minus, quam si in totum esset sublata, nec ex eo corpore quidquam relinqueretur. Ideo et (1) mutatione ipsa rei usumfructum interire placet. *L. repeti*, 5. §. *pen. D. quib. mod. ususfr. amitt.* Tantum ut norimus, quam mutationem hic intelligere debeamus. Nempe hæc intelligitur, cum forma et species rei interior et ex qua res subsistebat, mutata est. Ac quibuscumque modis id eveniat, placet usumfructum interire. Quod multis exemplis rerum declaratur in *d. L.* 5. et pen. et deinceps usque ad *L.* 13. *D. quib. mod. ususfr. amit.* Sed et hoc ipsum adhuc obscurum, quando species et forma rei mutata intelligatur. Utamur ergo, si possumus, notione generis, et regula, quæ rem in universum definiat.

IV. Et quod ex exemplis superiorum locorum colligere liceat, summa huc redit, ut statuamus, de hac mutatione ex rei nomine esse judicandum: ut si quidem aliqua mutatione incidente, res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat: tum res, seu forma et species mutata intelligatur, qualiscumque hæc erit mutatio. Contra quæcunque mutatio inciderit in re aliqua, si res nihilominus nomen vetus retinet; nec videatur mutata, nec intereat ususfructus. Non sane quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei: sed quia ex ea forma, quæ est, res nomen accipit. Ac forma mutata etiam nomen tollitur: ut ex nomine tanquam posteriori, quale quidque sit, intelligatur. Mutato nomine dicimus rem mutatam intelligi, et una usumfructum interire. Exempla hæc sunt: Veluti si in ædibus superficies corruerit, ut jam non ædes, sed sola area nominetur. Qua parte notandum est

(1) Sive mutatio fiat simpliciter, ut corruptio, sive secundum quid, quæ dicitur alteratio. Ususfructus enim prædicatur de re, sublato subjecto tollitur prædicatum, ait Cujac. 5. *ad Afric. in L.* 36. *de Usuf.* Fusius de hac exstinctione ususfructus tractat Jo. del Castillo *C.* 72.

hoc exigi, ut totæ ædes corruerint, consumptæve sint. *L. repeti, §. rei, D. quib. mod. usufr. amit. L. qui usumfructum,* 36. in princ. *D. de usufr.* Cæterum insulæ usufructu legato, quandiu quælibet portio ejus insulæ manebit, placet totius soli usumfructum retineri. *L. si cui,* 53. *D. de usufr.* Item exempla hæc: Si areæ fructuariæ impositum sit ædificium, ut jam totum id corpus non area, sed ædes dicatur. Si ex agro stagnum, ex stagno exsiccato ager factus sit: Si ex massa scyphus; aut ex scypho massa conflata: Si ex quadriga unus equus perierit, ut jam non possit dici quadriga quæ ex quatuor equis jugalibus nomen habet: Si ex balneo cœnaculum, aut ex ex cœnaculo balneum factum sit. Et quæ similia exempla proponuntur ordine in *d. L. repeti*, §. pen. et ult. *L. quid tamen. §. agri*, et deinceps, *L. si cui balnei, D. quib. mod. usufr. amit.* Contra quoque hoc valere reperietur, ut quanvis magna mutatio in re facta sit: tamen si res nomen prius retinet, nec mutari ipsa intelligatur, nec ususfructus: qui in ea re relictus erit, intereat. Exemplo est ususfructus fundi, cujus postea villa diruta sit. Placet hic non exstingui usumfructum, sive villa sit accessio fundi, sive fundus accessio villæ, idest, sive villa comparata sit fundi tuendi, colendi, aut fructuum colligendorum caussa; sive cum prius villa esset, fundus postea sit quæsitus, in quo opera villæ necessaria vel utilia exercerentur; aut ex quo alerentur tum familia, tum pecora, quæ in villa habebantur. *L. quid tamen*, in princ. *D. eod.* Hoc ideo, quia villa diruta, nihilominus fundi nomen manet, ut prius. Est enim fundus, quidquid solo continetur; quod tum maxime ostenditur, cum villa sublata est. *L. quæstio, D. de verb. sign.*

V. Rei mutatione interire usumfructum eum dicimus, hoc dicimus totius rei mutatæ usumfructum, non autem alicujus partis, quæ ex eo corpore sit, interire. Res enim mutata in totum mutata est, non pro parte. Et ita res habet, ut quanvis post rei mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ex eodem corpore: tamen sic ususfructus intereat, ut nec ullius partis reliquæ ususfructus relinquatur. Exemplo erunt inter inter alia multa, domus, massa, quadriga, grex, pecora fructuaria. Ædium usufructu legato si superficies corruerit, adeo perit ususfructus, ut nec supersit ususfructus areæ. *L. repeti. §. penult. D. quib. mod. usufr. amitt.* Et tamen area ædium pars fuit vel maxima. *L. cum qui ædes, D. de usucap. L. qui res, §. aream, D. de solut.* Sane si universorum bonorum ususfructus legetur, non specialiter ædium, superficie sublata, etiam areæ ususfructus debebitur: quia appellatione bonorum, non est legatus tantum ususfructus ædium, sed et separatim areæ. Hæc enim est in bonis. *L. quoties,* 34. *§. ult. D. de usufr.* Ex massa si scyphus factus sit, aut scyphus in massam conflatus, manet semper substantia massæ. Unde cum de dominio quæritur, semper is totius corporis dominus habetur, qui massæ dominus fuerat. *L. adeo, §. cum quis ex aliena, D. de acquirend. rerum dom. L. ex argento, D. de cond. furt.* Sic tamen hac mutatione ususfructus interit, ut nec materiæ et massæ maneat ususfructus. *L. quid tamen, §. si massæ, D. quib. mod. usufr. amitt. L. qui usumfructum,* 36. in princ. *D. de usufr.* Quadrigæ usufructu legato si unus ex equis decesserit, usumfructum interire placet, ut nec supersit in iis, quæ sunt residua. *d. L. quid tamen, §. ult. quib. mod. usufr. amit.* Gregis usufructu legato, si usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit totius ejus corporis ususfructus. *L. ult. D. eod.* Ergo et earum ovium, quæ nomine gregis amisso supererunt. Tunc autem grex non intelligitur, cum pervenit ad novem aut pauciores oves: decem enim ut minimum oves gregem faciunt. *L. 3. D. de abig.* Pecorum relicto usufructu, si quæ pecora intereant, adeo perit ususfructus, ut nec carnis aut corii etiam supersit ususfructus. *L. penult. eod.* Hæc tamen ejusdem corporis partes fuere, et ejusdem domini manent. *L. si servus, §. bove, D. de cond. furt. L. solum, §. 1. D. de rei vind.* Omnia ex eo, quod placet usumfructum rei mutatione interire. Verum est enim his modis rem totam mutari, quæcumque partes ex vetere corpore superfuerint.

VI. Sed huic sententiæ multa adversantur. Primum regula juris ducta ex natura, In toto et partem contineri. *L. in toto et pars, D. de reg. jur.* Deinde huic regulæ exempla et species rerum consentaneæ. Quæ quot sunt, totidem sunt species superiori sententiæ contrariæ. Regula superiore efficitur, quidquid in toto aliquo dictum, constitutum est, id et in singulis partibus totius dictum, constitutum videri. *L. si quis cum totum,* in pr. *D. de exc. rei jud.* Quare qui usumfructum ædium et aliarum superiorum rerum constituit, eumdem et in omnibus partibus earum rerum constituisse, putandus est. Sed et hoc multa exempla

juris civilis comprobant. Quinimmo generaliter hoc receptum jure civili in omni alio jure, quam usufructu, ut quodcumque jus est in re aliqua constitutum, etiam in singulis ejus rei partibus constitutum intelligatur; ac re mutata, nihilominus in his, quæ restant, idem jus maneat. Exemplo sunt, pignus, servitutes, grex legatus. Domus pignori obligata est. Superficie sublata, nihilominus area (2) pignori manet obligata. Et si iterum ei areæ ædificium impositum sit; ædificium areæ conditionem sequetur, et pignori erit. *L. Paulus*, §. *domus*, *D. de pignor.* Item si stillicidium impositum sit alienis ædibus, etiam diruto ædificio area eamdem servitutem debebit; et si ædificium restitututum erit, sequetur ædificium eadem servitus. *L. servitutes*, §. *si sublatum*, *D. de serv. urb. præd.* Grege quoque legato, si ad novem aut pauciores oves grex redactus sit, ut jam grex non sit: tamen quæ supersunt oves, legato cedunt, et possunt vindicari. *L. si grege*, 22. *D. de leg.* 1. §. *si grex*, *Instit. de leg.* Si hæc definiuntur recte regula juris, et in his omnibus regula ipsa comprobatur: quomodo idem non male negatur in usufructu. Sed recte hæc omnia cum in usufructu, tum in omni alio jure in re aliqua constituto. Semper enim verum est, quod constitutum est in toto, etiam in singulis partibus pro parte constitutum videri, quia in toto pars insit. Sed non ideo efficitur, si quid restet ex mutato corpore, ideo etiam in eo jus constitutum accipi debere. Prius enim efficiendum est ex regula superiore, ut et quod restat, pars sit totius, ut dicatur quemadmodum in toto jus aliquod fuit, sic et in parte id manere debere.

VII. At an quod restat pars totius dicendum sit, necne, de eo varie statui potest diversis rationibus. Atque hinc discrimen inter usumfructum, et jura cætera in re aliqua constituta. Aliud in hac re subtilitas verborum et rerum, aliud utilitas id est, hominum opinio, et ex ea opinione loquentium usus exigit. Si subtiliter rem spectemus, et id, quod verba proprie significant; mutato et per mutationem sublato toto, quidquid inde superest, non potest dici ejusdem rei pars esse. Nam cum pars sit totius ulla intelligitur. Et hanc verborum subtilitatem in usufructu sequimur, dum placet, re mutata etiam in his, quæ restant, usumfructum interire, quippe quæ jam veteris rei partes non sint; ut quis forte dicat usumfructum ab initio in singulis partibus constitutum, etiam in his partibus manere. Quod si opinionem communem, et hinc usum loquentium pro utilitate communi spectamus, etiam hæc, quæ restant, mutato corpore, partes habebuntur, in quibus quod manente toto cœpit, etiam sublato toto maneat: quia scilicet eadem illa substantia manet, quæ, stante toto, partem ejus efficiebat. Quo ex sensu recte dicetur et convenienter regulæ superiori, quanvis totum mutatum sit: tamen jus prius in toto et omnibus ejus partibus constitutum, etiam in his quæ inde supersunt, manere, ut in iis, quæ etiam nunc partes habeantur ejusdem corporis. Et ex hoc usu superiora illa in reliquo omni jure recepta sunt, quia id utilitas loquentium exigit. *arg. in d. L. servitutes*, §. *si sublatum*, *D. de serv. urb. præd.* At cur hanc significationem atque usum sequimur in cæteris rebus potius, quam in usufructu? Quia et hoc utilitas in usufructu postulare videbatur, ut priorem significationem in eo potius sequeremur. Primum enim hoc sumptum est, utile esse, ut facile ususfructus redeat ad proprietatem, ne diu inutilis sit proprietas, semper abscedente usufructu. §. *ne tamen*, *Instit. de usufr.* Hoc sumpto, consequens fuit, et in usufructu eam omnem interpretationem capere, quæ efficeret, ut citius ususfructus finiretur: quod fit priore interpretatione, non posteriore. Meminisse tamen oportebit sic nos priorem interpretationem sequi in usufructu, ut nisi confirmata esset, acciperé non audēremos, sed maneremus in posteriore communi et recepta. Nunc autem ne dubitemus præter rationem superiorum caussarum eam interpretationem in usufructu sequi; jure aperto hæc ipsa interpretatio constituta est: quo fiat, ne quid ex illis caussis hic obstet, dum ab illo jure recessum esse alia parte juris intelligimus. Sic enim jus est de usufructu, ut placeat hunc amitti nominatim rei mutatione. Verum est autem rem mutatam esse, quæ in aliam speciem et aliod nomen transit, quæcumque partes ex priore corpore relinquantur. Quo fit, ut ea mutatione amissus ususfructus non possit nec

(2) In pignore favorabilior caussa creditoris damnum vitare satagentis. Hot. *ad* §. *ult. I. de U usf.* vid. et Cujac. 23. *Obs.* 25. Rationem autem nostri, quam Jasonis esse scribit, refellit Castillo *d. C.* 72. *n.* 20. Quia etsi ususfructus non extingueretur, non ideo inutilis proprietas, cum ususfructus aliis modis finiri possit etc. ubi vide.

in iis, quæ restant ullus intelligi. Alioqui non esset amissus, qui post mutationem aliqua ex parte maneret.

VIII. Quid, si res mutata postea in veterem formam et speciem restituatur? an quemadmodum mutatione rei interciderat ususfructus; ita restitutione rei velut caussa amittendi sublata restituetur? De quo varie responsum responsum est a veteribus: sed recte pro conditione rerum restitutarum. Res posita in hac distinctione: ut si res restituta nova est, non restituatur ususfructus; si vetus, restituatur. Utriusque partis exempla hæc sunt. Usufructu ædium legato si superficies corruit, usumfructum interire diximus. Quid, si ædificium vel testator ipse restituerit? placet usumfructum semel amissum non restitui. *L. quid tamen*, §. 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.* Idem placet, si navis usufructu legato, dissoluta sit navis, deinde restituta quamvis ex iisdem tabulis. *d. L. quid tamen*, §. *in navis.* Scilicet quia domus et navis restituta alia domus et alia navis est. *d. L. quid tamen*, §. 1. *L. qui usumfructum*, 36. in prin. *D. de usufr.* Contra placuit in his caussis. Si areæ sit ususfructus legatus, et in ea ædificium sit positum, ut res mutatur, ita et usumfructum extingui constat. *L. repeti*, §. *ult. quib. mod. usufr. amit.* Si tamen postea sublata superficies sit, placet (3) usumfructum areæ restitui. *L. si in area*, 71. *d. L. qui usumfructum*, 36 in princ. *D. de usufr.* Hoc ideo, quia hæc area non est nova area, sed illa vetus, quæ semper eadem mansit, et cujus ab initio ususfructus relictus erat. Idem placet, agri usufructu relicto, si is ager a mari aut flumine fuerit inundatus. Hac enim inundatione usumfructum amitti convenit. *d. L. quid tamen*, §. *agri.* *L. si ager cujus D. quib. mod. ususfr. amit.* Si tamen eodem impetu aqua ab eo recesserit, placet etiam usumfructum restitui. Eadem de caussa, quia id solum perpetuo idem mansisset. *d. L. si ager*, *L. cum usumfructum, sequen. D. eod.* Sed hoc in agro inundato placuit. Diversum, si flumen, vetere alveo relicto, alia fluere cœperit, et novo alveo alicujus agrum occuparit. Tum enim locum alvei ita publicum fieri, ut nec recedente in veterem alveum fluvio restituatur ususfructus. *d. L. cum usumfructum.* Quippe ea occupatione mutata est forma agri, et quidem ita, ut cum prius esset alveus fluminis, nunc restitutus desinat esse alveus, et in aliud nomen transeat. *L. adeo*, §. *quod si toto*, *D. de acquir. rer. dom.* Dominium quidem agri, quod ea occupatione amissum erat, recedente postea flumine, veteri domino restitui æquius visum est, ut est in dicto §. *quod si toto.* Sed non ideo usumfructum, qui in eo agro alienus erat, restitui dixeris. Cætera enim jura, ut dixi, non amittuntur, nisi rei totius interitu. Ususfructus amittitur sola rei mutatione: et idem sola ejusdem rei restitutione restituitur.

IX. Sed cum omnis hæc mutatio ut plurimum soleat esse ab hominibus, quid fiet, si accidat ab alio, quam a fructuario? quid, si erit etiam a proprietario? Etiamne his consulto mutantibus ususfructus amittetur? Placet amitti vel mutante ipso proprietario. *L. repeti*, *in fin. D. quib. mod. ususfr. amit.* Sed ita, ut adversus eam injuriam fructuario consultum sit. Et adversus heredem proprietarium, qui in area fructuaria ædificium posuit, dantur hæ actiones in *L. repeti*, in fin. et *L. seq.* actio ex testamento, interdictum quod vi aut clam, de dolo. Sed non omnes simul, verum unaquæque suis conditionibus. Agit fructuarius actione in personam ex testamento, cum heres usumfructum nundum tradidit; agit autem ut tradat. §. *heres quoque*, *Instit. de oblig. quæ ex quas. contr.* Usufructu tradito, si mutatio contigit, aget fructuarius interdicto quod vi aut clam eo factum sit, in id quod sua interest. *L. semper*, §. *hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam.* Quibus in caussis cessat de dolo, ut cui locus non sit, nisi cum nulla alia est actio, nullum aliud remedium. *L. 1.* §. *ait.* et deinceps, *D. de dolo.* Quod si consentiente fructuario opus factum sit, sed tunc cum proprietarius ei persuasisset se ipsius caussa opus facere, deinde non patiatur eum frui ædibus; erit decepto (4) actio de dolo, *arg. in L. quod si*, 8. *L. si quis affirmaverit*, *seq. L. servus*,

(3) Ædes etsi forte ex iisdem tignis vel cæmentis restitutæ, non sunt eædem quæ priores. Accidentia ædium eadem esse possunt non substantia. At ædibus deustis vel sublatis, areæ substantia est eadem et area eadem numero. Cujac. 5. *ad Afr. in L.* 36. vers. *contra a. de Usuf.* Quid si ex massa confectum vas iterum redigatur in massam? Cujacius *d. lo.* contra Azonem, negat recipi usumfructum quia massa areæ, quæ semper eadem mansit, non recte comparatur, massa conflata, abiit prior forma, et quæ nunc ex vase conflatur, alia est.

(4) Ita et Pac. 2. Q. 78. P. Busius *ad L.* 1. §. 4. *et seqq. de dolo n.* 5. Sed A. Fab. *ad L.* 7. §. 5. *de dolo* actionem de dolo esse fructuario, quoties legati nomine interposita stipulatio, de qua *tit. Ut leg. nom. cav.* Per

20. §. *ult. L. si legatarius*, 23. *D. de dolo*. Si opus factum non est, sed re in aliam speciem conversa, alius usumfructum abstulit: utilis actio ex lege Aquilia competit. *L. item Mela*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.*

X. Occupatione hostium usumfructum amitti certum est, cum res aliqua seu immobilis, seu mobilis, in qua ususfructus alienus erat, ab hostibus capta est. *L. si ager ab hostibus, D. quib. mod. ususfr. amit.* Non mirum, cum res in totum fiat capientium jure belli, ut et eo casu proprietas amittatur. *L.* 5. in fin. *L. adeo* in princ. *D. de acq. rer. dom.* Sed hic adjiciendum est, quod est in *d. L. si ager ab hostibus*. Si res capta redierit ad suos, jure postliminii restitui usumfructum. Hoc enim jure pristina omnia jura recipiuntur. *L. postliminium*, in pr. *D. de capt.* §. *si ab hostibus, Instit. quib. mod. jus patr. potest. solv.*

illam enim novari actionem ex testamento *L.* 8. §. 1. *de Novat*. Quare cum actio ex stipulatu non possit sufficere per *L.* 7 §. 3. *de dolo*, necesse esse ut detur actio de dolo, alia deficiente.

C A P. XIX.

Etiam ususfructus cum proprietate conjunctione usumfructum amitti. Quæ species uno verbo *Consolidatio* appellatur. Quibus modis hæc contingat: quam rationem habeat. In universum autem de omnibus supra scriptis amittendi ususfructus modis, qui sint, ex quibus ususfructus amittatur totus; ex quibus possit amitti tantum pro parte. Tum præter superiores modos nullos esse, quibus ususfructus amittatur.

Ususfructus amittitur ex hujus conjunctione cum proprietate. Duplex illa conjunctio; et qualis: dicta consolidatio, *et quare*. I.

Utraque volente, aut invito seu fructuario, seu proprietario accidit in hoc, et in illo, rursus duplici modo, et qualiter. II.

Cessio a venditione quatenus differat. Et cur cessio ususfructus amissionem contineat, non ita quoque venditio. III.

Amittitur idem totus aliquando, interdum etiam pro parte. IV.

Totus omnino, morte, et capitis deminutione. V.

Totus et pro parte non usu, mutatione, et consolidatione. VI.

Amittitur idem superioribus modis et solis. VII.

Nec itaque morte aut capitis deminutione proprietarii, aut ejus alienatione. VIII.

Item nec usucapione rei fructuariæ. Exponitur locus Papiniani in L. 44. §. non mutat. D. de usucap. IX.

Item nec alienatione fructuarii. Qualis hæc. Quæ de ea veterum sententia. X.

Repudiata, et quatenus a Justiniano. XI.

I. Etiam ususfructus, hujus ipsius cum proprietate conjunctione amittitur; cum scilicet in ejusdem persona concurrere cœpit proprietas et ususfructus. Quod fit, cum aut proprietarius adeptus est usumfructum, aut fructuarius proprietatem. §. *finitur, Instit. de usufr.* Amissionis species maxime ex natura ususfructus. Sic enim ususfructus desinit jus esse utendi fruendi rebus alienis: ac proinde esse ususfructus is, de quo agimus: ut quem definiamus jus alienis utendi fruendi rebus. Et vero is solus ususfructus proprie dicitur, qui est a proprietate separatus, ut in definitione ostendimus. *L. penult.* in pr. *D. si ususfruct. pet.* Hoc genus etiam conjunctionis ususfructus cum proprietate confusio dicitur, *L.* 4. *D. Usuf. quem. cav. L. si servus. D. quib. mod. ususfr. amit.* et uno verbo (1) Consolidatio in *d.* §. *finitur. L.* 3. in fin. *D. de usufr. accr.* Nomen ex eo, quod usufructu cum proprietate conjuncto, fit solida et integra proprietas, quæ solida et integra non erat. Decrat ei ususfructus; qui dominii et emolu-

(1) De qua Castillo *de Usuf. C.* 71. Sic autem finito usufructu proprietarius non (uti si morte naturali) potest expellere fructuarium propria auctoritate, sed contra eum experiendum actione negatoria, vel ex cautione de restituenda re præstita, Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif P.* 3. *Declar.* 1. *n.* 6. et 7. Num consolidatus ex caussa onerosa obvenire dicatur, an ex lucrativa, Castillo *d. Tr. C.* 76.

menti pars est vel optima, *L. cum filius*, 76. §. *dominus*, *L. Mævius*, 66. §. *penult. D. de legat.* 2.

II. Adipiscitur fructuarius proprietatem alias volente proprietario, interdum et invito. Volente, cum is proprietatem vendit, vel ex alia caussa transfert, veluti servum noxæ dedendo. *L. si tibi*. *L. si servus*, *D. quib. mod. usufruct. amitt.* Invito, puta cum ei, cui legatus est usufructus pure, legata est etiam proprietas sub conditione, et postea conditio existitit. Quo casu proprietas recedit ab herede invito, et transit recta ad legatarium. *L. a Titio*, *D. de furt.* *L.* 3. §. *ultim. D. usufruct. quem cav.* Proprietarius facto fructuarii adipiscitur usumfructum duobus modis. Primum ex consensu, si fructuarius ei cedat usumfructum, id est, ei tradat hoc animo, ut in eum transferat. *d.* §. *finitur*, *Institut. de usufr.* Altero modo, etiam fructuario invito, si fructuarius cedat usumfructum extraneo. Etsi enim hoc modo usumfructum ad extraneum non transfert, ut est in d. §. *finitur*: tamen cessione usumfructum amittit. *L. L. si usufructus*, 66. *D. de jur. dot.* Amissus, jure ad proprietatem redit. §. *ult.* in fin. *Institut. de usufruct.*

III. Non est contrarium, quod aliquoties supra diximus, et certi juris est, posse fructuarium cuivis extraneo usumfructum vendere, ut et transferat inde, quod potest, et nihilominus ipse usumfructum retineat. *L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *L. non utitur*; 38. *D. de usufruct.* §. 1. *Instit. de usu et hab.* Aliud est enim vendere usumfructum, aliud cedere. Qui vendit usumfructum ut fructuarius, tantum vendere intelligitur, quantum jure suo potest transferre, ut creditor, qui jure suo pignus distrahit. *L. etsi L. penult. D. de distract. pign.* *L. ex empto.* §. *sententiam. D. de action. empt.* At fructuarius jus ipsum usufructus transferre non potest. Cohæret enim ejus personæ. *L.* 5. in fin. *D. quibus mod. ususfruct. amit.* Sed potest transferre facultatem rei tenendæ, et fructuum percipiendorum, quamdiu ipse usumfructum obtinebit. Quare et hac venditione eam ipsam perceptionem fructuum transfert: jus ipsum apud eum remanet, nec aliud agitur ea venditione, ut declaratur in *d. L. si usufructus* in fin. *D. de jur. dot.* Cedere autem, seu cessio genus est vetus alienationis, cum res in jure cedebatur, testis Cicero *in Topicis* Ulpianus explicat in fragmentis. *Tit. de dominiis, et acquisitionibus rerum.* Omnis alienatio rei duo facta alienantis continet. Nam primum is hoc animo est, ut rem quam cedere et alienare vult, a se dimittat; deinde ut a se dimissam in alium transferat. Hoc posterius fructuarius usumfructum cedendo facere non potest, quia, ut dixi usufructus personæ ejus cohæret. At prius illud, nempe dimittere a se usumfructum ejusmodi est, ut possit: cum usufructus sit ejus, et liceat cuique de re sua statuere ut velit. *L. in re mandata*, *C. mand.* Quod cum possit, eveniet, ut cum alienatam voluerit, simul cum animo alienandi etiam ipsum usumfructum amittat, tametsi non transferat. Nam quod simpliciter dicitur in *d.* §. *finitur. Instit. de usufr.* fructuarium eum usumfructum cedit extraneo, nihil agere: bene hoc omnes sic illic acceperunt, ut transferre volens, in eo nihil agat. De transferendo enim per cessionem usufructu illic agitur. Cæterum si de dimittendo usufructu agatur, non (2) agit nihil, qui hoc animo est, ut dimittat. Qui enim potuit dimittere suum: nihil superest, nisi ut si velit dimissum, amittat. Unde amitti placet. *d. L. si usufructus D. de jur. dot.* Amissus non potest, quin ad proprietarium rediens cum proprietate consolidetur.

IV. Modis amittendi usufructus superioribus cognitis, est, quod de his admoneatur.

(2) Dissent. Hot. in *d.* §. *finitur* 3. quia si nihil agitur, inutilis cessio et ipso jure nulla est. Nec ad proprietatem revertitur usufructus, quia nusquam legitur hæc pœna constituta, et Balduin. *ibid.* n. 36. quia in *d. L.* 66. habetur verbum futuri temporis, *reversurum*, scilicet suo tempore et ubi finitus fuerit, morte nimirum fructuarii, non ejus cui cessus est, quia nulla hic habetur ratio cessionis. Et grave esset tam acerbe puniri levem aliquem inanis cessionis conatum, qui effectu caruit. Recte. Nam et ex ipso *d.* §. 3. contexto apparet fieri veluti oppositionem cessionis domino factæ, et ejus quæ extraneo. Non igitur idem utraque operatur. Nec obstat ratio nostri, animus alienandi in cedente. Nam voluit non nisi sub conditione si alter accepturus sit. *L.* 18. *de vi arm. sepr.* *Lib.* 5. *C.* 13. N. 5. Finis enim illius vel pretium pro cessione accipere vel beneficii debitorem acquirere: Quo fine frustratur. Objicit Hortensius nostro consentiens ait *L.* 4. *de Novat.* Cessio in jure facta proprius modus amittendi usufructus ex *Sent.* Pauli 6. §. 37. Resp. Immo *d.* §. 37. ex verbis *quoties domino cesserit* argumentum prabet a contrario pro hac sententia. vid. et Castillo de *Usufr.* C. 69. n. 20. et seqq.

neamus jam in commune: usumfructum his modis amitti alias totum; alias tantum pro parte.

V. Totus amittitur capitis minutione, et morte: et quidem ita, ut non possit his modis amitti nisi totus. *L. excepta, D. quib. mod. ususfr. amit.* quia scilicet nec capite minui, nec mori quisquam pro parte personæ potest: sed si quis hæc patitur, totus patitur, non aliter.

VI. At his exceptis, reliquæ caussæ etiam pro parte interitum ususfructus recipiunt, *d. L. excepta*, id est, et non utendo, et rei mutatione, aut consolidatione. Potest quis parte fundi divisa non uti: potest et parte pro indiviso, ut hactenus ususfructus pereat. Ut, si is cui totius fundi ususfructus relictus erat, quasi dimidiæ tantum pro indiviso relictus esset, hactenus solum sit usus. Idque est, quod traditur in *L. placet. D. eod.* placere vel certæ partis, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti. Sed et domus spatiosæ usufructu relicto, in qua plura sunt ædificia distincta, potest unum corruere, cæteris stantibus, ut hujus quod concidit, ususfructus intereat. Potest pars tantum agri a flumine aut mari occupari. Potest areæ usufructu legato, in una tantum parte ædificium poni. Sic et partem tantum ususfructus potest fructuarius cedere proprietario, et pars dominii fructuario acquiri. In quibus omnibus pro parte tantum ususfructus amissio contingit: quia et pars tantum recipit eos casus, propter quos jure ususfructus amittitur.

VII. Est et hoc, quod de his modis ad extremum monendi simus; quemadmodum his amittitur ususfructus, ita amitti regulariter his solis: ut recte in hac amissione superiores solos numeremus.

VIII. Ex quo intelligimus, nec ex persona proprietarii, nec ex facto ejus, neque adeo ex facto ullo ipsius fructuarii, præter negligentiam utendi, mutationem rei, aut ususfructus cessionem usumfructum amitti solere. Idque satis comprehensum videtur illa generali definitione, quæ traditur in *L. neque. D. quib. mod. ususf. amit.* Neque (3) usumfructum, neque iter actumve dominii mutatione amitti. Hoc enim continet, usumfructum nec morte proprietarii, aut capitis deminutione amitti; nec hujus alienatione, qua rem, in qua ususfructus alterius est, alienat; nec alienatione fructuarii, dum is eum servum alienat, per quem usumfructum acquisierat. De quibus tamen et dubitari potest et aliquando dubitatum fuit. Quam ob caussam non ab re est, et de his certius confirmari. Et vere ita jus est et aliis locis diserte traditum, his modis usumfructum non amitti. Proprietarii morte usumfructum non amitti traditur in *L. 3. C. de usufr.* Unde intelligitur multo minus amitti capitis ejus minutione. Itaque mortuo fructuario, heredibus ejus nihil debebitur: mortuo proprietario heredes ejus eumdem usumfructum debent. Similiter nec si proprietarius proprietatem alienarit, ideo amittitur ususfructus, etsi forte invitus ac jure coactus fecerit. Veluti, si proprietarium servum, in quo ususfructus alienus erat, ob delictum ejus conventus, noxæ dediderit. *L. locum, 17. §. penult. D. de usufr.*

IX. Qua ratione placet, si res fructuaria ab alio usucapta sit, nihilominus usumfructum fructuario salvum manere. *d. L. locum §. penult.* quippe usucapio alienationis genus est. *L. alienationis, D. de verbor. sign.* Idque rursum est, quod Papinianus sensit in *L. justo, §. non mutat, D. de usucap.* cum ait usumfructum usucapi non posse. Hoc enim voluit, ut recte Accursius illic interpretatur, non posse usumfructum usucapi per usucapionem proprietatis: id est, dum proprietas ab alio usucapitur, non ideo simul usumfructum, qui alienos erat, usucaptum videri. Id contextus ipse et ratio Papiniani liquido demonstrant. Prius enim dixerat Papinianus re usucapta, nihilominus creditori, cui res ante pignori obligata erat, salvam manere pignoris persecutionem. Illic autem mox usumfructum pignori comparat, ut intelligamus idem eum in usufructu, quod in pignore dicere: nempe et re usucapta salvum manere usumfructum. Additur ratio in pignore, quæ ad usumfructum non minus aperte pertinet. Persecutio enim pignoris, inquit, nulla ratione dominio conjungitur. Idem non minus de usufructu dixeris. Non potest idem dominus esse rei, et rem pignori habere. *L. neque pignus, D. de reg. jur.* Nec ususfructus quoque, qui vere ususfructus est per se consistens, potest esse, nisi a proprietate separatus. *L. penult. D. si ususfr. pet.*

X. De alienatione servi, per quem fructuarius usumfructum acquisivit, sic jus olim fuit, et nunc est. Olim plerique quorum magis sententia recepta erat, putabant,

(3) Nisi venditio fiat a domino, consensu fructuarii *L. 4. §. 12. de doli exc* vid. *infra Lib. 22. C. 6.* Nicol Valla *de Her. dub. Tr. 10. n. 1. vers. tertia cautio.*

si fructuarius vel partem ejus servi alienaret, totum usumfructum per eum quæsitum interire. Unde illud in *L. repeti.* §. 1. *D. quid. mod. usufr. amit.* *si quis usumfructum solum servi alienaverit, per quem usufructus ei acquisitus est, dubium non esse, quin usufructus per eum acquisitus retinentur.* De usufructu alienato respondet Ulpianus, cum posset, an eo alienatio videretur alienata pars servi. Quam si alienatam esse constaret, dicendum esset ex superiorum sententia usumfructum amitti. Et negat amitti etiam ex superiore sententia idque dubium non esse ait. Merito: quia ususfructus dominii pars non est: ut dici possit, usufructu servi istius alienatu, ejus servi partem alienatam. *L. recte, D. de verbor. significat.*

XI. Sed hanc sententiam Justinianus improbavit in *L. inter. C. de usufr.* et constituit partis hujus servi alienatione usumfructum per eum quæsitum nulla ex parte amitti. Sed obtinebat hæc sententia inter omnes, si fructuarius hunc servum totum alienaret, tum certo usumfructum istum interire, quasi mutato dominio, ut significatur in *L. si servo, D. quib. mod. ususfruct. omitt.* Sed et hoc repudiavit Justinianus in *L. ult. C. de usufr.* ubi diserte constituit; nec totius hujus servi alienatione, usumfructum exstingui. Post quas constitutiones apparet vere in universum definiri, quod supra diximus, aliis modis supra superioribus usumfructum regulariter non amitti.

CAP. XX.

Non omnem usumfructum superioribus modis amitti. Exceptas has species tres: Usumfructum, cujus dies non cessit; Habitationem; Operas servorum: Usumfructum repetitum. Et de prima specie, ac per occasionem, Quando dies ususfructus legati cedat.

Nexus, ordo, et partitio rerum. I.

Ususfructus, cujus dies non cessit, non utendo, et capitis deminutione non amittitur. II.

Sed idem tamen fructuarii morte, et fructuariæ rei mutatione perit. Et quare; et quæ in illis amittendi modis differentiæ ratio. IV. VI. VII.

Ususfructus, cujus cessit dies, superioribus modis omnibus amittitur. Quæ distinguendi ratio. III. V. VI.

Quæstionis illius: Quando dies ususfructus legati cedat, *opportuna tractatio.* VIII. *et seqq.*

In usufructu legati dies simul cedit et venit; secus in cæteris rebus quæ debentur in diem. Discriminis ratio. IX.

Dies legati ususfructus non cedit 1. *Ante aditam hereditatem.* X.

2. *Ante diem ex quo legatus usufructus.* XI.

3. *Ante tempora adjecta, si ususfructus in annos, menses, dies singulos legatus fuit. Et quid huic juri consequens.* XII. XIII. XIV.

I. Quod tamen diximus superioribus modis amitti usumfructum, et præterea his solis: non est perpetuum. Habet utraque pars suas exceptiones, de quibus separatim a me dicetur. Ac prius illud quod dicimus superioribus modis usumfructum amitti, ita temperandum est, ut sciamus neque omnem usumfructum illis omnibus modis amitti; et si quis sit ususfructus, qui his amitti possit; aliquando tamen accidere, ne amittatur. Ac de his ita jus est. Tres sunt species ususfructus, quæ non omnibus modis superioribus amittantur; Ususfructus, cujus dies non cessit; Habitatio; Operæ servorum. Una species ejus ussfructus, qui cum suapte conditione superiorum omnium modorum amissionem recipiat, quamloque tamen his non amittatur. Is est ususfructus omnis ita constitutus, ut amissus sit repetitus. Ita prioris illius sententiæ tot sunt exceptiones. De quibus jam dicam ordine.

II. Primum ergo si cujus ususfructus dies non cessit, is in ea caussa est, ut placeat eum nec capitis deminutione, multoque minus non utendo amitti. De quo ut certius possit liquere; de toto genere ususfructus amittendi retinendive ex ea caussa, quid ejus dies cessit, aut non cessit, sic habendum est.

III. Qui ususfructus non destinatione tantum, puta legato aut conventione, sed vere constitutus est; id est, ita constitutus, ut dies ejus cesserit: is omnis sine exceptione superioribus modis amittitur; sive sit jam traditus fructuario, et hoc modo proprius ejus factus; sive nondum traditus, sed de-

bitus dumtaxat. Idque est, quod aliis verbis veteres dixerunt, postquam ususfructus legati, aut aliter constituti dies cessit, non solum usumfructum amitti morte vel capitis deminutione fructuarii, sed etiam ususfructus actionem: ut jam neque fructuarius neque heredes ejus possint petere eum usumfructum sibi dari. Puta si post aditam hereditatem, et diem legati venientem mortuus sit aut capite minutus fructuarius. *L. 1.* in princ. *D. quib. mod. ususfr. amit. L. corruptionem*, in princ. *C. de usufr.*

IV. Sed etsi legati aut aliter constituti ususfructus dies nondum cesserit: tamen placet futurum eum usumfructum, id est, ejus ususfructus actionem amitti duobus his modis, morte fructuarii, et rei fructuariæ mutatione. Fructuarius si moritur, quamvis ante diem ususfructus cedentem, usumfructum amittit, nec ejus persecutionem transmittit ad heredes. *L. 2. L. 3. D. quand. di. leg. ced. L. qui usumfructum* 36. §. 1. *D. de usufr.* Similiter si ædium usufructu legato ædes dirutæ sint vivo testatore, sic amittitur ususfructus iste futurus, ut quamvis a testatore restitutæ sint ædes, nihil tamen fructuario debeatur, legati die quandoque postea cedente. *L. quid tamen.* §. 1. *D. quib. mod. ususf. am.* Cæterum reliquis modis non amittitur is ususfructus, cujus dies nondum cessit. Certe capitis deminutione non amitti constat. *L. 1.* in princ. *D. eod.* Multo vero minus non utendo, quo in numero est ususfructus alternis annis relictus. *L. si ususfructus alternis D. eod.*

V. Quæ distinctio quam rationem habeat, videndum est. Ac de eo usufructu, cujus dies cessit, nemo dubitat, quin recte placeat eum amitti superioribus modis. Potuit enim amitti, qui erat jam quæsitus: si non ipse quæsitus, potuit certe amitti actio, quæ post diem cedentem quæsita erat.

VI. Sed nec e converso quidquam dicitur non maxime conveniens naturæ ususfructus, eum dicitur is ususfructus, cujus dies non cessit, superioribus modis amitti non posse. Nam ante diem ususfructus constituti cedentem nec acquiritur ususfructus, nec ususfructus actio, ut postea dicetur. *L. 1.* in fin. *D. quand. id. us. leg. ced.* Naturæ autem ipsius lege fit, ut non possit amittere quisquam, quod prius non habuit. *L. non potest videri desiisse. L. non videtur rem, D. de reg. jur.* Ideo non mirum, quod dicitur, eum usumfructum, cujus dies non cessit, capitis deminutione non amitti. Multo minus, cum dicimus non amitti non utendo. Quid enim potuit imputari non utenti, qui uti, etiam si vellet, non potuit? *L. cum quidam*, §. *si pupillo. D. de usurp.* Non potuit autem uti frui fructuarius, prius quam cederet dies legati *L. 1.* §. 1. *quand. di. us. leg. ced.*

VII. At illud habet dubitationem, quod hunc ipsum usumfructum, quem dicimus his modis non amitti: quem eumdem fatemur non esse constitutum seu quæsitum fructuario: dicimus tamen exstingui morte fructuarii, et rei mutatione. Quomodo amitti potuit, qui fructuarii non fuit, contra naturæ regulam? *d. L. non videtur rem. L. non potest videri desiisse, D. de regul. jur.* Aut quomodo in eadem caussa quibusdam modis amitti, aliis non amitti, contra omnem juris æquitatem? *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Et certe fatendum est, proprie non amitti eum, qui quæsitus non fuit. Ideo in *L. 2. D. quand. di. leg. ced.* non dicitur amitti ususfructus ante diem legati cedentem mortuo fructuario, sed petitio ad heredem non transire. Sed et hoc ipsum sentimus, non aliud. Abusive tamen non male dicatur amitti, cujus spes amissa est. Nam et capitis minutione dicitur non amitti ante diem legati cedentem, cum hoc significatur ejus habendi spem eo modo non amitti, quamvis nondum sit quæsitus. Quod autem placet morte fructuarii, et rei mutatione usumfructum exstingui, quamvis hæc ante diem legati cedentem contigerint; aliis autem modis ante eum diem non exstingui: differentiæ hæc ratio est, quod mortuo quamvis ante diem cedentem fructuario, etsi postea dies legati cedat: tamen nullus fructuarius superest, in cujus persona consistat ususfructus. Nam nec in persona defuncti unquam cœpit, nec potest transire ad heredem, quod defuncti nunquam fuit. Et ut forte aliquando ususfructus ejus fuisset, tamen morte ejus amitteretur. *L. 3.* in fin. *D. quib. mod. ususf. amit.* Et cum res ante diem legati cedentem mutata est, etsi dies legati cedit postea, et est persona, quæ frui possit: non est res, qua fruatur: sine qua non magis consistit ususfructus, quam sine persona fruentis. Utrumque contra accidit, cum fructuarius ante diem legati cedentem capite minutus est. Nam legati die postea cedente si is vivit, superest et res, qua fruatur, et fructuarius, qui fruatur, dummodo is qui ante, puta, deportatus erat, postea restituatur beneficio principis. Quod si evenict, quandocumque postea dies ususfructus legati cesserit, recte usumfructum petet, utpote ante non amissum.

VIII. Hoc jure posito, quærendum fuit, quando dies ususfructus legati (1) cedat. Nec vero alius de eo quærendi locus in usufructu, quam iu hac amissione. In cæteris quidem rebus legatis hoc idem quæri solet, quando dies legati cedat: sed eo potissimum, ut sciatur, quando transmittatur legatum ad heredes. Transmittitur enim id legatum, cujus dies cessit. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Quod quidem ad acquirendum heredibus legatum pertinet. De quo in legatis suo loco diximus *supra Libr.* 8. *Cap.* 28. At hoc in usufructu quærere supervacuum: quoniam sive post diem ususfructus cedentem, sive ante decedat fructuarius, ususfructus ad heredem non transfertur, ac ne petitio quidem ususfructus. *d. L.* 2. *L.* 3. *D. quand. dies leg. ced.* Solum igitur, ut dixi, huic quæstioni in usufructu locus, cum quæritur de usufructu amittendo ante diem ejus cedentem. Ideo hæc eadem ab Ulpiano eodem libro tractata legimus, nempe *decimoseptimo ad Sabinum*, ut indicant *inscriptiones L.* 1. *D. quand. di. us. leg. ced.* et *L.* 1. *quib. mod. usu. amit.* Jus autem de hac cessione sic habet.

IX. Ususfructus legati dies cedit tunc solum, cum et venit, id est, cum ususfructus peti potest. Ut in usufructu idem fit legati diem cedere, et venire, quanvis ususfructus legatus sit ex die. *L.* 1. *§. ult. quand. dies usufr. leg. ced.* Aliter atque in cæteris rebus, quæ debentur in diem: in quibus ut verbis, ita re sic ista distinguuntur, ut statim cedat dies, id est, incipiat deberi pecunia, etsi nondum peti potest: venire autem dicatur, cum is dies venit, quo pecunia peti possit. *L. cedere, D. de verbor. signifi-cat.* Hoc dissimiliter in usufructu, ut significat Ulpianus in *d. L.* 1. iu princ. et *§.* 1. *D. quand. dies usufr. leg. ced.* quia cætera legata consistunt in re, quæ deberi potest ante, quam peti. Ususfructus consistit in fruendo. id est, (2) in facto aliquo ejus, qui utitur fruitur: ut proinde non prius esse incipiat, quam fructuarius uti frui possit. Nec vero potest prius, quam venerit tempus, quo et peti potest.

X. Hinc tria tempora notata veteribus, quibus legati dies non cedit. Primum, cum hereditas non (3) est adita. *d. L.* 1. *§.* 1. Merito: nam nec alia legata quælibet quanvis pure relicta, ante aditam hereditatem peti possunt. *L. omnia*, 32. *D. de legat.* 2. Hoc ideo, quia nihil ex testamento peti potest, nisi testamento relictum valet. Nihil autem in testamento scriptum valet, nisi adita hereditate: qua non adita fit irritum testamentum. *L. eam quam, C. de fideicom. L.* 1. *D. de ini. rup.* Jam autem diximus non cedere diem ususfructus legati, nisi cum peti potest.

XI. Secundum tempus est adita jam hereditate, cum ususfructus relictus est ex die, et dies nondum venit. Nam ante peti non potest. De quo ante dixi *d. L.* 1. *§. ult.* Atque hæc duo ususfructus legati propria. Nam cæterorum legatorum, quæ pure, aut in diem relicta sunt, ut dies cedit statim, etiam si nondum venerit: ita et cedit non tantum non adita hereditate, sed etiam statim a morte testatoris. *L. unica, §. in novissimo, C. de cad. tol.* Scilicet quia, ut dixi, in re consistunt, quæ ante fuit: non ut ususfructus in facto fruendi, quod ante diem legati venientem nullum esse potest.

XII. Tertium tempus est, verbis magis tertium, quam re, cum et adita est hereditas, et verbis ususfructus relictus non nominatim ex die, sed in dies, aut menses, aut annos singulos. In hoc genere legati, sive ususfructus legatus sit, sive res alia, placet

(1) De hac cessione fusius, Jo. del Castillo *Quotid. Controv. de Usufr. C.* 8.

(2) Quia semper personam requirit, quæ uti frui possit, ac sine persona, in qua fundetur, subsistere nequit. Uti frui autem nondum licet jacente hereditate, quia dubium, an testamentum exitum habiturum. Henric. a Sverin. *repet. Lect. C.* 23. aliter Rob. 2. *Sen.* 26.

(3) Atqui annui legati dies a morte cedit *L.* 12. *§.* 3. *Quan. di leg.* cum tamen æque non transferatur ad heredem. Discrimen unde? Sverin. *d. C.* 23. quia ibi non requiritur factum personæ, sed jus ipsum competit etiam ante aditam hereditatem. Cujac. ita 23. *Obs.* 10. vel quia ususfructus constituitur cum quis frui potest. Non potest autem frui legatarius antequam heres ei cesserit usumfructum vel in fundum induxerit, *L.* 29. *de Us. leg.* Nec heres potest cedere ante aditionem. Sed huic rationi ait locum esse in legato damnationis, non vindicationis. Vel quia annua legata ex die mortis relinqui solent *L.* 16. *L.* 18. *L.* 19. *de ann. leg.* Et hæc mens videtur testatoris, ut annus numeretur a die obitus sui. Quæ præsumptio induci nequit in usufructu. Effectus autem hic. Ususfructus legato, si post multos annos adeatur hereditas, non debetur ususfructus omnium annorum legatario, sed ex die tantum aditionis. Legatis autem annuis relictis, etsi post multos annos adeatur, omnium præteritorum annorum, et sic quoque eorum, qui intervenerunt inter obitum et aditionem, pensitationes debentur, Cujac. *d. loc.* vid. Ægid. Hortens. *ad Tit. quan. di. us. leg. ced.*

plura esse legata; in annuis quidem primi anni purum, sequentium conditionale: inesse enim videri hanc conditionem, si legatarius vivet. *L.* 4. *D. de ann. leg.* Hæc res facit, ut sicut singulorum dierum, mensium, vel annorum distincta sunt legata, ita et eorum dies non semel cedat, sed per tempora adjecta. *d. L.* 1. in princ. *quand. di usufr. leg. ced.*

XIII. Hoc eam vim habet, ut si is, cui forte in annos singulos ususfruetus legatus est, post primi anni diem cedentem capite minutus sit, huic ususfructus amittatur, sed solum ejus anni, qui processit, id est, quo cœperat ususfructus haberi: sequentium autem annorum ususfructus salvus maneat: ut quandocumque fructuarius in integrum restitutus erit adversus capitis minutionem, recipiat eorum annorum sequentium usumfructum. *L.* 1. in fin. *quib. mod. ususfr. amit.* Idem est, et si ususfructus legatus sit alternis diebus, vel mensibus, vel annis. *d. L.* 1. in princ. *quand. di. ususfr. leg. ced. L.* 2. §. 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.*

XIV. Atque hinc jam potest intelligi, cur ususfructus alternis annis relictus dicatur non utendo non amitti. *d. L. si ususfructus alternis, D. quib. mod. ususf. amit.* Hoc enim veteribus hanc sententiam habet, ut quanvis quis uno anno usus non sit, amitti quidem possit ususfructus ejus anni, qui processerat ad usumfructum habendum: ut sequentium non amittatur nec capitis minutione, nec non utendo. *d. L.* 2. §. 1. *D. quib. mod. ususfr. amit.* Hodie post *L. corruptionem, C. de usufr.* ejusmodi ususfructus nullo modo non utendo amittitur, neque in eos annos, qui præcesserunt, neque in futuros: nam in præteritis annis singulis non potest fructuarius dici nisi uno anno usus esse eo usufructu, qui singulis attribuitur; quoniam singulorum annorum sua sunt et distincta legata. At per unum annum non utendo nullius rei ususfructus amittitur, ne si mobilis quidem res sit, ex constitutione Justiniani. Futurorum autem annorum ususfructus alternis annis relictus ideo non utendo amitti non potest, quia nondum ejus dies cessit.

CAP. XXI.

Habitationem, et Operas servorum, utcumque pro usufructu habeantur cæteris in rebus, non tamen superioribus omnibus modis similiter ut ususfructus, amitti: Quibus non amittantur, et quam recte constitutum.

Habitatio, et servorum operæ proprio quodam jure sunt in amissione, et hactenus quoque differunt ab usufructu. Exponitur Papiniani locus in L. 2. *vers.* et quia D. de us. et usufr. legat. I.
Habitatio non utendo, et capitis deminutione non amittitur. Et quare. II. III.
Item nec operæ servorum. IV.
Sed tamen hæ etiam fructuarii morte non amittuntur. Quæ discriminis ratio. V.

I. Quod ad habitationem, et operas servorum attinet, habent hæc effectu usumfructum: quanvis tamen eorum dies cesserit, non statim amittuntur superioribus modis, sed in ea re proprio quodam jure utuntur. Habitatio, ut initio monui, veteribus erat usus. *L. si habitatio*, in princ. *D. de usu et hab.* Constitutio Justiniani voluit esse pro usufructu. *L. cum antiquitas. C. de usufr.* Operis servi legatis, placet jam olim, usumfructum contineri. *L.* 4. *D. de op. serv.* Scriptum tamen a Paulo legimus in *L.* 1. §. *si ususfructus*, *D. ad leg. Falcid.* operis servi legatis neque usum, neque usumfructum legatum videri. A Papiniano item in eamdem sententiam in *L* 2. *D. de us. et usufr. legat.* hominis operis legatis, legatarium fructuarium non esse. Sed horum utrumque quomodo accipiendum sit, interprete Ulpiano intelligemus, qui de habitatione, et operis loquens in *L.* 5. §. *ult. D. usufr. quem. cau.* ita scribit, hæc duo non per omnia usumfructum imitari. Significans hæc usumfructum imitari, non tamen per omnia, id est, non ita, quin in his aliquid sit dissimile. Quod et verum est. Qua in re ergo est hæc dissimilitudo? Non utique in harum rerum acquisitione; sed nec in eo, quod præcipue harum rerum vim et effectum continet, percipiendi ususfructus jure. Constituuntur enim ista eodem modo, quo usus et ususfructus; testamento scilicet, et pactionibus. Constituta eumdem fructum, eadem commoda accipientibus tri-

buunt. *d. L. cum ant'quitas, C. de usufr. d. L. 4. D. de op. serv.* Restat igitur, ut (1) dissimilitudo sit in istis amittendis, qua de amissione nunc agimus. Et est omnino in hac amissione: de qua cum loqueretur Papinianus in *d. L. 2. D. de usu et usufr. leg.* non mirum, si definitionem ad hanc speciem retulit, ut diceret eum, cui operæ legatæ sunt, fructuarium non esse, dum hoc sentit per omnia non esse: in hac certe amittendi ratione non esse, ut ab initio ostenderat.

II. De harum ergo specierum duarum amissione ita placuit. De habitatione quidem ita scriptum est in *d. L. si habitatio*, in princ. D. de us. et hab. *ad heredem tamen nec ipsa transit; nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.* Ex quo intelligimus, habitationem cæteris omnibus modis amitti ut morte fructuarii, rei mutatione, usufructus consolidatione. Cæterum duobus his non amitti, non utendo, et capitis deminutione. Sed cur hoc in habitatione potius placuit, quam in usufructu sub appellatione ususfructus aperte relicto: cum veteres ipsi agnoverint in habitatione effectu usum contineri: *d. L. si habitatio, D de us. et hab. L. si quis uxas*, 32. in fin. *D. de usufruct.* Justinianus vero in habitatione constituerit ædium usumfructum *d. L. cum antiquitas, C. de usufruct.* Constet autem usum et usumfructum superioribus omnibus modis pariter amitti? Neque enim dicemus ideo hæc differre, quia verbis distincta sunt: quandoquidem nihil verba plura ad rem pertinent, si res est eadem; cum non verbis, sed rebus leges imponantur. *L. 2. in fin. C. comm. de leg.*

III. Et recte, puto, dicemus in habitatione vel, ut olim, usum contineri, vel, ut nunc, usumfructum: sed eum usumfructum, cujus dies per singulos dies cedat. Idque hoc argumento deprehendimus. Nam quæ in facto alieno posita constituuntur alicui pro commodo ejus, placet non ante ea cedere, quam is ostenderit se velle his uti, cui constituta sunt; ut de operis liberti definitur in *L. quoties*, in fin. *D. de oper. lib.* Porro sic est habitatio, ut non aliter constituatur alicui, quam ut habitet, cum sibi commodum, et quandiu commodum esse putabit. Non enim ut cæteris rebus statim et semper uti possumus sine incommodo nostro: ita habitare sine incommodo statim possumus. Nam habitare non est tantum versari in ædibus: sed ita versari, ut illic vivas, et te habeas: unde habitandi nomen. Quam ad rem prius necesse est multa necessaria in eam domum importare, lectos, cubilia, suppellectilem, penum, et innumera ad victum pertinentia. Sed et habitanti multæ caussæ incidunt vel ab aere, vel ab aliis incommodis, cur velit habitationem mutare. Quare naturæ ejus convenit, ut non ante nec diutius dies ejus cedat, quam volet habitare. Quod si ita est, fit jure etiam cum usufructu communi, ut habitatio nec non utendo, nec capitis deminutione amittatur. Nam nec ususfructus ipse aperte relictus amitteretur, cujus dies per singulos dies, vel menses, vel annos cederet, ut ante diximus. *d. L. 1.* in pr. *quand. di. ususfr. leg. ced.* Quo magis autem placeat hæc ratio, facit *L. legatum, D. de cap. min.* ubi Modestinus legatum in annos singulos, menses singulos, et habitationem legatam in hac ipsa amissione comparat: una oratione definiens utrumque capitis deminutione legatarii intervenicnte perseverare. Quod nihil aliud est, quam capitis deminutione non amitti. Addit quidem hanc rationem: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit. Sed et hæc ratio idem exprimit. Quia enim potius in facto est, evenit, ut singulis diebus aut mensibus aut annis dies cedat: quoniam singulorum dierum sua sunt et distincta facta, quæ quotidie constituuntur, et quotidie intereunt, ut de usufructu hac ipsa de caussa traditum est in *L. 1. §. penult.* in fin. *D. de usufr. accresc.* Atenim, dicet aliquis, si et ususfructus in facto est, ut est; *L. 1.* in princip. *D. quan. di. usufruc. leg. ced.* cur non et usumfructum eodem modo non interire dicimus? Quia ita est in facto, ut sit etiam in jure, nisi et ipse in singulos annos, vel menses similiter relictus sit. Sed prior illa ratio et tutior est, et certior; quæ facit, ut ejus legati dies non cedat semel, sed sæpius, et per singula tempora adjecta. Quod juris certi est. *d. L. 1.* in pr. *quan. di. us. leg. ced.*

IV. Operæ servorum legatæ primum duobus istis modis pariter non amittuntur, non utendo, et capitis deminutione. *L. 2. D. de usufr. leg. L. 2. D. de op. serv.* Quod multo minus in his mirum videri debet, quam in habitatione. Nam operæ servorum, uti et libertorum, illæ sunt præcipue, de

(1) Male Vult. *in §. pen. I. de usu et hab. n.* 3 nullam esse rationem diversitatis quam quod Romanis ita placuerit. Nec melius *ibid. et ad §. ult. I. de usuf. n.* 1. hoc correctum esse per *L.* 13. *C. de serv.*

quibus traditum est, cum edantur ex commodo et arbitrio ejus, cui debentur, absurdum esse eas cedere ante, quam ille sibi commodum esse ostenderit, seu quam fuerint indictæ. *L. cum patronus*, in pr. *L. quoties*, in fin. *D. de op. lib.*

V. Sed hoc amplius est in operis, quam in habitatione, ut operæ legatæ nec morte legatarii amittantur, sed ad heredem ejus transeant. *d. L. 2. de usufr. leg.* Quod quidem prima ratione multo minus liquet, quam superiora. Finitur omnis ususfructus morte, etiam si nondum ejus dies cesserit. *L. 2. L. 3. quand. di. legat. ced.* Sed et finitur habitatio, quantumvis placeat eam capitis minutione fructuarii non interire. *d. L. si habitatio. D. de us. et hab. d. L. legatum. D. de cap. min.* Cur ergo hoc dissimiliter in operis servorum, in quibus fatemur consistere fructum hominis? *L. 4. D. de op. serv.* Opinor, quia ususfructus et habitatio facta habent consistentia in persona utentis, seu ejus, cui illa debentur. Operæ servorum (2) facta consistentia in persona servorum, qui illas debent. Si hæc facta ex alicujus persona æstimari oportet, ut in hac amissione æstimari videmus: plane naturæ cujusque conveniebat, ut unumquodque ex persona ejus in quo consistebat, aut staret, aut interiret. Consentaneum igitur, ut ususfructus et habitatio, quæ in facto utentis consistunt, ex persona quoque ejus intereant, non alterius. Operæ autem, quæ sunt in facto servi, etiam ex hujus persona sic æstimentur, ut non intereant ullo modo ex persona fructuarii.

(1) Cujac. *d. loc. 7. ad Afr.* Nomen, ait, operarum ostendit eas spectari ex persona operarii. Ideoque manente eo manent operæ in obligatione, etsi creditor non petat, capite minuatur, moriatur.

CAP. XXII.

Ne usumfructum quidem, etiam cujus dies cesserit, ullo modo ex superioribus amitti, si sit repetitus. Repetitus ususfructus quomodo intelligatur. In operis servorum legatis contra evenire, ut hæ aliter quoque quam superioribus modis amittantur. Id uno modo contingere, usucapione servi. Et quam recte receptum præter rationem communem omnium aliarum rerum, quarum ususfructus legatus est.

Ususfructus etiam, qui fuerit repetitus, non utendo, et capitis deminutione non amittitur. Qui sit ejusmodi. I.

Repetitus hac adjectione: Quoties amissus erit, *valet, excepta* 1. *morte fructuarii.* II.

Nisi tamen et hic heredibus ita legaverit testator. Quæ hic heredum habenda interpretatio, alibi ex Justiniano. III.

2. *Ipsius rei mutatione.* IV.

Repetitio ususfructus expressa, vel tacita. Duplex utriusque modus: et quæ modi utriusque clausulæ seu formæ. V.

Quatuor exceptionum tribus proximis capitibus expositarum collectio; et ad aliam transitio. VI.

Servorum operæ non iis modis dumtaxat, quibus ususfructus; sed præterea et dominii mutatione, et usucapione servi amittuntur. VII.

Contraria diluuntur. Et differentiæ ratio explicatur. VIII.

I. Sed quisquis erit, non dico, usus aut habitatio, aut operæ servorum; sed verus ususfructus, etiam quem constet natura sua superioribus modis amitti posse: tamen voluntate testatoris fit, ut non amittatur, si sit repetitus. Repeti ususfructus legatus potest. *L. repeti. D. quib. mod. ususfruct. amitt.* Repetitus tam retinetur, quam si amissus non esset. L. 3. §. 1. *D. eod.* Repetitus ususfructus dicitur, cum testator eum usumfructum, quem ab initio legavit, iterum eidem legat sub conditione, si sit amissus. *d. L. 3.* in princip.

II. Quocumque modo amissus sit ususfructus, si isto modo repetatur, valet. *d. L. repeti, d. L. 3.* in princ. Dummodo non sit amissus morte fructuarii. *d. L. repeti.* Ut puta, testator frustra ita leget: fundi Corneliani usumfructum Titio do lego; et si morietur, ei lego. Merito. Nam neque hic ususfructus ex repetione ipsi Titio deberi potest, neque ejus heredibus: Illi, quia mortuo legari non potest: Ejus heredibus, quia bis nihil est legatum.

III. Sane si heredibus testator legaverit, recte repetetur ususfructus, ut utiliter ad eos transeat. *d. L. repeti*, in pr. *D. quib. mod. ususfruct. amitt.* Dum tamen meminerimus

hoc legatum sic accipiendum ex constitutione Justiniani, ut ad heredem tantum primum pertineat. *L. antiquitas. C. de usuf.* Quod quam recte constitutum sit ex natura ususfructus, et mente legantis, dixi *supra hujus Libri Cap.* 17.

IV. Quod de morte fructuarii Ulpianus dicit, post hanc usumfructum etiam repetitum intercidere: licet intelligere idem juris esse et in rei fructuariæ mutatione. Nam ut post mortem fructuarii nemo est, qui utatur fruatur ex voluntate testatoris: sic re mutata, non est res, quæ hunc usumfructum recipiat. Neque vero magis sine re, qua utamur, consistere ususfructus potest, quam sine persona, quæ utatur fruatur. Unde videmus simul hæc concurrere in usufructu amittendo, cujus dies nondum cessit, ut quemadmodum placet eum morte fructuarii amitti: ita placeat amitti pariter et rei mutatione, ut *supra* ostendimus *Cap.* 20. *ejusdem Libri.*

V. Repetitus ususfructus sic intelligitur, ut alias exprimatur repetitio; alias significetur. Exprimitur cum aperte iterum legatur Idem ususfructus, expressa conditione: (1) si amissus erit: vel specialiter, ut *quoties amissus erit capitis deminutione:* vel generaliter et universim, ut *quoties amissus erit, vel cum amissus erit, do lego. L.* 3. in princ. *D. quib. mod. ususf. amitt.* Non expressa repetitio significatur, et nihilominus eumdem effectum habet, cum omissa superioris legati et conditionis repetitione, ususfructus legatur alicui, *quandiu vivet.* Idem est et si legetur ad tempus, quanvis certum, puta usque ad decennium *d. L.* 3. in princ. Quod ad tempus legatur, ejusmodi esse apparet, ut velit testator usque ad id tempus omnimodo deberi: Ergo etsi per id tempus aliquoties amissus erit. Quod si interim amissum nihilominus deberi vult: perspicuum est voluntate ejus iterum usque ad idem tempus legari. Hoc autem nihil aliud, quam usumfructum usque ad id tempus repeti in eum casum, quo amissus erit. Ergo etsi ususfructus alicui relictus erit in annos singulos aut menses, aut dies, idem dicendum erit, ut commemoratio temporum repetitionis potestatem habeat. *L.* 2. §. 1. *D. quib. mod. ususfruc. amit.* Quia scilicet legatum hujusmodi ut plura legata habet: ita primi anni legatum purum est, sequentium sub hac conditione, si legatarius vivet, eoque et quandiu legatarius vivet. *L.* 4. *D. de annor. legat.* Quamquam cur hoc legatum aliis modis, quam morte aut rei mutatione non amittatur, hæc etiam ratio est quod per singula tempora adjecta ejus legati dies cedat, ut *supra* diximus. *L.* 1. in pr. *quand. di. leg. ced.*

VI. Sunt ergo hæ exceptiones quatuor, in quibus accidit, quod proposui, ut neque omnis ususfructus superioribus omnibus modis intereat: neque semper, qualiscumque sit ususfructus. Exceptiones ad eam partem collatæ, qua superioribus modis amitti usumfruetum dicebamus. Altera parte circa hanc amissionem fuit, qua diximus, ut superioribus modis ususfructus amittitur, sic aliis non amitti.

VII. Hic una exceptio est in operis servorum legatis. Cæterarum rerum ususfructus, atque adeo servitutes ipsæ prædiorum, mutatione dominii non amittuntur, eoque nec usucapione. *L. neque D. quib. mod. us. amit. L. locum. §. pen. D. de usuf.* Operæ servorum legatæ contra. Servo usucapto, harum legatum perit, ut est responsum Papiniani in *L.* 2. in fin. *D. de usufruc. leg.*

VIII. Cujus sive juris, sive sententiæ ratio merito quæritur. Est enim ejusmodi, ut potius contra manifestam juris et æquitatis rationem constitutum videatur: ut nisi certa ratione defenditur, sit potius plane rejiciendum. Placet usucapionem non perimere jus alienum, quod fuit in re ante, quam usucaperetur. Puta, re usucapta, non perimitur creditori pignus, quod in ea re ante usucapionem habuit: non ususfructus ante constitutus. *D. justo*, §. *non mutat. D. de usucap. d. D. locum*, §. *pen. D. de usufr.* Hoc quidem per se satis argumenti esse vi-

(1) Obst. *L.* 23. *de Us. leg.* ex qua probari videtur tunc tantum repetitioni locum esse cum in annos singulos relegatur. Variantes ea lex et interpretationes et correctionis patitur. Cujacius 14. *Obs.* 17. *et* 1. *not.* Merc. 5. pro *tunc tantum* legit *nec tantum*: Robertus, notato Cujacio 1. *Animadv.* 5. *et* 1. *notat. ad* Merc. 5. ex vetustis *MSS.* ac impressis libris *tunc tamen.* Perrenon. 2. *Animadv.* 5. *nec tamen.* Sane graviter ægrotat is locus, cui an lenior medicina fieri possit nondum liquet. Quid tamen si dicemus verborum: *tunc tantum esse huic constitutioni locum,* non esse eum sensum, quasi repetitio non in aliis legatis, quam quæ in singulos annos relicta, fieri possit; sed quod hoc casu plusculum sit dubii, an ipsa relegatione tacite repetitus censeatur ususfructus, ac per eam a communi natura aliquatenus recessum, ideoque tunc *locum esse* constitutioni, id est desideratum fuisse Imperatoris rescriptum, cum in eo casu, quo testator expressis verbis repetiit, ob non dubiam legantis voluntatem, nec princeps adeundus fuerit.

debatur, ut diceremus nec servo usucapto perimi jus operarum, quod legatarius in eo servo habuit. Sed quo magis id dicamus, adjicitur a Papiniano in *d.* §. *non mutat.* ea ratio circa pignus et usumfructum, quæ plane ad operas pertineat. Negat ille usucapione pignus aut usumfructum amitti, quia hæc nulla societate dominio conjungantur. Atqui eadem est caussa operarum. Possunt enim servi operæ legari alii, et alius esse dominus servi. Immo vero nulli alii operæ servi utiliter legari possunt, quam non domino. *tot. Tit. D. de op. serv.* ut plane nihil inter se conjuncti habeant, dominium servi, et operæ ejus legatæ. Quare superiore ratione in pignore et usufructu per usucapionem non amittendo posita, quæ et optima est, et reddita a Papiniano in *d.* §. *non mutat.* par erat, ut idem Papinianus sibi consentiens idem de operis responderet, servo videlicet usucapto, non perire operas in eo servo legatos. Aut si hoc ante jus certum fuit, quod Papinianus tantum usurpavit: fatendum, aut non recte esse constitutum, aut cur hic a superiore jure recessum sit, ratio est explicanda. Nos vero dicemus neque hic quidquam fieri adversus jus superius de vi usucapionis receptum, et quod de amittendis usucapione operis præter rationem communem ususfructus et reliquarum servitutum constituitur, propria quadam ratione operarum recte constitui. Operæ servi legatæ, usucapto servo, pereunt. At non propter usucapionem, quam quidem semper fatendum est non mutare jus in eo servo ante constitutum: sed propter veint (2) mutationem quandam personæ in servo contingentem tunc, cum servus in alterius domini potestatem usucapione transit. Dubium enim non est, quin quidquid est servi, ac conditio ipsa personæ, quæcumque est, sit domini, jure potestatis. Omnia enim in potestate: potestas autem domini. *L. ult. D. de stip. serv.* Constat autem ut domini sunt, ita esse aliam atque aliam dominorum potestatem. Quapropter et dominio mutato fit alia servi conditio, quando hæc conditio tota est dominicæ potestatis. Quam autem recte placeat propter hanc mutationem perire operas servi, ex iis ipsis, quæ de persona ejus, non autem legatarii spectanda esse diximus, intelligi potest. Prius pro legatario, cui operæ legatæ sunt, constitutum erat, ut ne operæ servi amitterentur ex persona legatarii, quo ei maneret ususfructus, sed ex persona tantum servi; ut in cujus persona operæ consisterent. *d. L. 2. D. de usufruct. legat.* Conveniebat, ut adversus eumdem legatarium placeret personam servi spectari, quo operæ ejdem illi legatario perirent. Ratio ducta ex illa regula generali æquitatis. Quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur. *L. 1. D. quod quis. jur.* Vult legatarius, si quid in persona sua contigerit, nihilominus personam servi spectari, quæ eadem manet, ut retineat usumfructum, idque adversus dominum servi. Æquum est, ut velit eumdem spectari adversus se, ut si quid in servi persona contigerit, usumfructum amittat.

(2) Cujac. 19. *Observ.* 23. ita: Quia operæ consistunt in actu et ministerio servi. Ergo jus dominii sequuntur, quod usucapione quæsitum est.

CAP. XXIII.

Amissus ususfructus ad quos redeat; Et de usufructu accrescendo.

Rerum nexus, et instituendæ per se quæstionis necessitas. I.
Amissus usufructus, si re conjunctum non habet, redit ad proprietarium. II.
Totus, aut pro parte. Amissæ partis exempla. III. IV.
Sed amiss conjuncti *portio alteri accrescit.* V.
Jus accrescendi inter fructuarios quid sit. Et cur hic a communi loco de jure accrescendi separata de usufructu instituta tractatio. VI. VII.
Tria segregatæ quæ tractationis capita. VIII.
1. *Portio legati usufructu quæsita, et postea quocunque modo amissa, in uno accrescit alteri, cui ejusdem rei legatus fuit ususfructus, et quare non idem juris in legata proprietate.* IX.
Ususfructus quotidie legari potius, quam proprietas quare dicatur. X.
Contrariis occurritur. XI.
2. *Portio legati ususfructus amissa conjuncto, etiam qui amiserit, partem suam accrescit. In hereditate vel legato secus.* XII.
3. *In conjunctionis modo, communia; quædam sed ex his item proprie.* XIII.
Commune jus accrescendi in re conjunctis; Eædem conjungendi formæ et effectus: et in re disjunctis cessatio juris accrescendi. XIV.
Ususfructus propria conjunctio *ideoque jus accrescendi inter hunc, cui testator fundum legaverit; et illum, cui legaverit ejusdem fundi usumfructum.* XV.
Item jus accrescendi salvum illi, cui post eumdem partem testator relegavit eumdem, quam ab initio conjunctim habuerat, usumfructum. XVI.
Etsi non integrum, si partem duntaxat relegaverit, non totum. XVII.
Item propria ususfructus ex alio disjunctorum capite duplex species. XVIII.
1. *Nullum jus accrescendi inter institutos heredes in usufructu ejus rei, cujus proprietas fuit alicui legata.* XIX.
2. *Item nullum inter eos, quorum singulis ab heredibus singulis legatur ejusdem rei ususfructus.* XX.
Pars deficiens ususfructus communi servo legati, et per hunc utrique domino quæsiti ad alterum ex dominis pertinet non jure accrescendi, sed jure potestatis. Celsus in L. et Proculo 20. D. de leg. 2. *Cum Ulpiano in L.* 1. §. denique. D. de usufr. accr. *conciliatur.* XXI. XXII.
Quid intersit quo jure pars unius domini deficiens ad alterum pertineat. Explicatur Ulpiani locus in L. 1. §. idem ait, D. de usufr. accresc. XXIII. XXIV.

I. Amisso finitoque usufructu, ex re ipsa incidit quæstio, et ea postrema de constituto usufructu, ad quem is amissus redeat. Non admodum necessaria, quæ separatim tractetur, si quidem amissus semper ad proprietatem rediret. Sufficeret enim uno verbo moneri, usumfructum ut cum constituitur, separatur a proprietate: ita postquam esse desiit, ad eamdem proprietatem, unde discesserat, reverti. Nunc autem non semper amissus redit ad proprietatem. Ideo de eo amplius hoc loco cognoscendum.

II. Et duo sunt, ad quos amissum ususfructus redit jure, proprietarios; et qui ex pluribus in eundem usumfructum conjunctus est. Non tamen ut his acquiratur simul et conjunctim: sed cuique suo loco atque ordine. Nam si duo conjuncti sint in eundem usumfructum, prima hic caussa est conjunctorum, ut, uno usumfructum amittente, ususfructus ad alterum redeat, nihil ad proprietarium, ut mox dicetur. Quod si nulli hi conjuncti erant, tum ususfructus redit ad proprietatem.

III. Et quidem citra controversiam tunc, cum finitus fuerit totus, quæ conditio additur in §. *ult. Inst. de usuf.* Cum enim ususfructus dominii pars sit: *L. Mævius,* 66. §. *pen. L. cum filius,* 76. §. *dominus, D. de leg.* 2. *L.* 4. *D. de usuf.* necesse est, si alius usumfructum non habet, quod contingit omnium, qui prius habuerunt, usufructu amisso, eum usumfructum cum domino conjungi, eoque ad proprietarium pertinere.

Quid ergo, si pro parte tantum amissus erit ususfructus? nam hæc conditio, ut dixi, nominatim adiditur in *d. §. ult. Inst. de usufr.* ut illic dicatur ususfructus reverti ad proprietatem, cum scilicet finitus fuerit totus. Et sciendum est, non ideo addi illic hanc conditionem, quia si ususfructus pro parte amittatur, nunquam redeat ad proprietatem: sed quia non redit semper. Non enim redit tunc, ut dixi, cum plures in eumdem usumfructum conjuncti sunt, et unus usumfructum suum amittit, de quo postea. Cæterum ubi unus est tantum fructuarius, aut plures non conjuncti: sive totus amissus est ususfructus, sive pars tantum, quidquid inde amissum est, ad proprietatem redit, utpote pars dominii, cui et eam partem adjungi necesse sit, si a nullo alio habeatur.

IV. Multis modis pro parte usumfructum amitti posse supra diximus: veluti, si quis fundo pro parte divisa aut indivisa usus non sit: si pars fundi certis regionibus a flumine novo alveo occupata sit: si in parte areæ fructuariæ ædificium positum: si partem ususfructus fructuarius cesserit extraneo: et si quæ sunt similia. Nam, excepta capitis minutione, vel morte, reliquas caussas vel pro parte interitum ususfructus recipere convenit. *L. excepta, L. placet. D. quib. mod. us. amit.* In his omnibus hoc tenendum est, usumfructum amissum ad proprietatem redire. Nec alia re magis id probatur, quam quod dicitur his modis pars ususfructus amitti. Nam si amittitur, apud eumdem fructuarium non manet. Quod si non manet, ad quem redire potest, nisi ad eam proprietatem, quæ hunc tanquam partem sui ad se trahit? Sed etsi pluribus ejusdem rei ususfructus constitutus sit: si tamen inter eos non sit jus accrescendi, uno partem suam amittente, pars ad proprietarium redit, non ad alterum, cui ejusdem rei ususfructus constitutus est. *L. 2. D. de usufr. accresc. L. si sub conditione, D. quib. mod. usufr. amit.*

V. Sed hæc, inquam, ita, si nulli sint in eumdem usumfructum (1) testamento conjuncti. Quod si erunt, tum sane ususfructus redibit ad proprietatem, cum totus finitus fuerit, ut est in *d. §. ult. Inst. de usufr.* id est, cum omnes conjuncti usumfructum amiserint. Uno autem tantum usumfructum amittente, ususfructus amissus ad conjunctum redit, non ad proprietatem, idque accrescendi jure. Id autem jus tale est. Ut in cæteris rebus legati cum eadem res pluribus ab eodem testatore legata est, quos conjunctos, dicimus, quia in eamdem rem conjuncti sunt. *L. re conjuncti. D. de leg. 3. L. triplici, D. de verbor. significat.* est inter legatarios jus accrescendi, quo fit, ut unius deficientis portio alteri conjuncto accrescat. *§. si eadem, Inst. de leg. L. 1. §. interdum, D. de usufr. accresc.* ita est et inter plures fructuarios, quibus ab eodem testatore ejusdem rei ususfructus in solidum legatus est, sive conjunctim, sive separatim. *d. L. 1. in pr. et §. interdum, L. 3. in pr. D. de usufr. acc.*

VI. Hoc jure pars amissa et deficiens aperte acquiritur ei conjuncto, cui prius quæsita non erat: ut videri possit hic locus de usufructu accrescendo referri debuisse ad eos modos, quibus ususfructus acquiritur. Sed animadvertendum est, deficientem hanc partem non acquiri alteri conjuncto, nisi postquam amissa est. Ita prius est omnino, ut de ipsa amissione quæratur, quam de amissionis effectu, ut non sit alius opportunus de hac re quærendi locus, quam hic, in quo quæritur, amissus ususfructus ad quos redeat. Et certe amissus ususfructus ad proprietatem rediens ei quoque acquiritur, cum pars ejus non esset. Neque tamen prius agitur de hac acquisitione, quam constiterit usumfructum esse amissum, ut quæratur, ad quem hic amissus redeat. *d. §. ult. Inst. de usufr.* Et observare possumus hunc eumdem locum ibi tractatum esse a veteribus, ubi de amissione ususfructus ab his agebatur. Certe de his eodem libro scriptum esse ab Ulpiano, nempe libro 17. *ad Sabinum*, indicant *inscriptiones L. 1. D. de usufr. accresc.* et *L. 1. D. quib. mod. usufr. amit.*

VII. Nunc de ipso jure videamus. Et si in usufructu idem servaretur per omnia de jure accrescendi, quod in cæteris rebus, cum res eodem pluribus legata est, nihil opus esset separatim de eo in usufructu agere. Sufficeret enim quæstionem remitti ad locum communem de jure accrescendi, quod esset inter plures heredes, aut legatarios. De quo ante diximus cum in hereditatibus *Lib. 7.* tum in legatis *Lib. 8.* Jus comprehensum de hereditatibus et legatis præcipue in *L. unica, §. hic ita, §. ubi autem. C.*

(1) Aliud in usufructu inter vivos constituto, ut recte contra DD. vulgo Cujac. *ad L. 64. de Contr. empt.* Vasq. *Lib. 1. de Success. creat. §. 10. n. 127.* Jo. Suev. *Lib. 2. de J. accresc. C. 2. pag. 82.* Sverin. *de Usufr. accr. pag. 3. et seq.*

de ead. tol. Nunc autem in eo jure propria quædam sunt ususfructus, propter quæ necesse sit de usufructu accrescendo separatim agere, ut et in Pandectis, et a veteribus hoc loco factum videmus. Quod et jus nunc breviter exsequar: non ut communia quæ sunt, percurram, quæ melius ex loco communi petentur, sed ut attingam tantum, quæ sunt hujus loci propria, et quorum caussa hæc tractatio instituitur.

VIII. Tria sunt igitur, de quibus præcipue in usufructu accrescendo moneri oportcat, ex quibus duo priora vere singularia et propria ususfructus; tertium vel proprium, vel ejusmodi, de quo an proprium sit, possit dubitari. Primum est in parte ususfructus deficiente, eademque accrescente. Alterum in persona ejus, cui eam partem accrescere volumus. Tertium ita conjunctionis modo, qui jus adcrescendi admittat.

IX. Primum in parte deficiente et accrescente hoc singulare. Nam in cæteris rebus cum eadem res pluribus relicta est, nunquam unius portio cuiquam accrescere potest, nisi cum is, cujus ea portio est, defecit, id est, ea portione exclusurus est, vel quia noluit ad se pertinere, vel quia decessit, die legati nondum cedente, vel quia conditio, sub qua relictum erat, defecit. Idemque in pluribus heredibus, qui ad eamdem hereditatem vocati sunt, jus est. §. *si eadem, Inst. de leg. L. qui ex duabus*, §. *ult. D. de acq. hered. L. si ex pluribus, D. de suis* et *leg. her. L.* 3. §. *ult. et* 2. *LL. seqq. D. de bon. posses.* In usufructu hoc plus esse traditur in *L.* 1. §. *interdum, D. de usufr. accr.* quod et constitutus, et postea amissus nihilominus jus accrescendi admittit. Finge Primo et Secundo legatum usumfructum fundi. Altero quidem repudiante, constat alterum totum usumfructum habiturum. Sed ut maxime ambo legatum agnoverint, si unus postea portionem suam amiserit vel morte, vel capitis deminutione, vel quo alio modo, nihilominus alteri conjuncto accrescet. Addita est ibidem ratio Celsi et Juliani; ususfructus, ajunt, quotidie constituitur et legatur: non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. *d. L.* 1. §. *interdum*, in fin. Hæc ratio hanc sententiam et collationem continet. Cum res eadem duobus legata est, neutrius portio deficiens accrescit alteri, nisi quæ etiam illi alteri legatur. Ideo enim placet eam ad alterum totam pertinere jure accrescendi, quia tota ei legari intelligitur, altero non concurrente. §. *si eadem, Inst. de leg. L. conjunctim*, 80. *D. de leg.* 3. *L.* 3. in pr. *D. de us. acc.* At cum proprietas legata est duobus, legatur eo solo tempore, quo vindicatur, aut vindicari potest, id est, quo nondum quæsita est. Quippe semel vindicata et quæsita non potest dici alterutri legari: vel eidem quia eam jam habet, et quod ejus est, amplius ejus fieri non potest: §. *sic itaque, Inst. de act.* vel alteri conjuncto, quia partibus unius concursu factis, neutri legatur solidum. *d. L. conjunctim, de leg.* 3. Quare si portio proprietatis semel quæsita postea amittatur, ne accrescet quidem conjuncto, cui amplius non legatur. Commutata ratione in usufructu contrarium nimirum colligi oportuit. Sic ergo in usufructu assumptio est: At ususfructus ejusdem rei duobus legatus non solum ab initio cum vindicatur, aut vindicari potest nondum quæsitus, legatur utrique conjuncto in solidum: sed et quæsitus, et postea in unius persona amissus. Id enim ita esse necesse est, si hic ususfructus in solidum legatus ab initio (2) quotidie consti-

(2) Duar. *Lib.* 1. *de J. accr. C.* 21. id inde esse quod constituitur patientia debitoris *L.* 3. *pr. de Usufr.* quæ tractum temporis habet, ideoque nunquam dici posse omnino acquisitum, et Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 41. in usufructu non fieri plenam ac perfectam acquisitionem, ut in proprietate, sed illam habere caussam successivam. Tenetur, inquit, proprietarius ad patientiam in futurum præstandam; ideoque locus juri accrescendi tanquam in re vel parte non perfecte acquisita. Et Vasq. *Lib* 3. *de Success. progr.* §. 21. *n.* 51. Usumfructum reputari quotidie novum, cum constituatur per patientiam. Quæ ratio displicet Roberto 2. *Sent* 24. quia patientia hic, ut et in omni servitute loco traditionis ab initio exigitur, quam semel intervenisse sufficit. Et passim dicitur ususfructus acquisitus, nec certe per patientiam semel quæsitus amittitur, si postea non patiatur utifrui dominus, nisi non utendo per tempus præstitutum. Nec melius tamen Robertus hic cujusque diei legato inesse conditionem, si vivat legatarius; cum nec ultra tempus quo persona subsistit, protrahi possit; nec ut annuum legatum, annis discretum sit. Ideo quovis die cedere et quotidie legari. Immo non nisi semel cedit; nisi repetitus sit, vel in annos diesve singulos relictus *L.* 1. *pr. Quan. di us. leg. ced.* Aliter et intricate Hortens. *ad L.* 1. §. 3. *h. t. p.* 89. *et seq.* Cæterum Vasq. *d. loc.* DD. distinguere scribit. Ut inter re tantum conjunctos in usufructum sit locus juri non decrescendi,

tuitur et legatur: ac verum est quotidie constitui et legari. Ex quo efficitur etiam quæsitum ac postea in unius persona amissum, alteri, cui ita legatur, accrescere, et quod idem est, ad alterum legati jure pertinere.

X. Sed cur potius dicitur usnsfructus legari quotidie, quam proprietas? Quia unius rei proprietas et ipsa una est: quæ semel legata, id est, testamento data. amplius dari potest. *d. §. sic itaque. Institut. de act.* eoque nec legari. Ususfructus autem quanvis unius rei, non tamen est unus, sed multiplex. Consistit enim in facto utentis fruentis, ut non prius constituatur re vera, quam quis jam uti frui potest, ut est in L. 1. in princ. et §. 1. *D. quand. di ususfr. leg. ced.* Singulorum autem dierum est, ut quis dici possit unoquoque die incipiente uti frui posse. Quocirca quot sunt dies, tot sunt distincti usufructus. Qui si legautur, sequitur ut dicendum sit horum dierum singulorum, et ut veteres dixerunt, quotidie usumfructum constitui et legari.

XI. Sed videamus, ne contrarium sit, quod placet usufructus simpliciter relicti diem semel cedere. *L. 1. D. quand. di. usufr. leg. ced.* Non enim videtur diei posse apertius, usumfructum simpliciter relictum, non videri quotidie constitui, quam his verbis: quoniam qui in dies singulos legatur, placet ejus diem non semel cedere, sed per singulos dies. *d. L. 1. quand. di us. leg. ced.* Nihil autem interest, utrum dicamus quid legari in singulos dies, an singulis diebus, an quot diebus, id est, quotidie. *L. nec semel. §. novissime. D. quand. di leg. ced.* Sed multum interest in voluntate testatoris, utrum aperte legetur ususfructus in dies singulos, an tacite. Aperte si legatur, dies ejus sæpius cedit, quia testator nominatim dies adjiciendo non potest videri aliud voluisse, quam ut plures essent ususfructus, quos singulis diebus distinctos et repetitos esse voluit. Singuli autem singulorum dierum ususfructus non possunt prius cedere, quam uniuscujusque dies venerit. At cum tacite singulis diebus legatur ususfructus, quod fit eum simpliciter legando: contraria de caussa dies ejus semel tantum et statim cedit, quia testator commemoratione dierum detracta, hoc ipsum se velle declaravit, ut tanquam unus ususfructus esset, ita semel acquireretur. Quod non fit aliter, quam si dies ejus semel, et ab initio cedat.

XII. Alterum singulare est in persona ejus, cui amissus usufructus accrescit, quod in cæteris rebus relictis, sive hereditas est, sive legatum, nunquam deficientis portio alteri vel coheredi vel collegatario accrescit, nisi ei, qui suam portionem agnovit, et agnitam habet, *d. L. 3. in fin.* et *LL. 2. seqq. D. de bon. pos. L. si ex pluribus, D. de suis et leg. her. L. unica. §. his ita, §. ubi autem, C. de cad. tol.* Ususfructus autem etiam non habenti partem suam, sed amittenti accrescit. (3) *L. interdum, D. de usufr. accresc.* unde illud veterum, in jure

si portio collegatario nondum quæsita obveniat; sin acquisita, juri accrescendi; ipse autem *d. n.* 51. contra DD. priori quoque casu statuit jus accrescendi, cum ICti sic vocent *L. 1. §. 3. h. t.* Et recte, licet sibi contrarius sit. *L. 1. de success. creat. §. 10. n.* 128. *et seq.*

(3) Cujus species valde obscura, nec de ea satis liquet. Noster sane exemplum facile ponit, sed generale, nec quod verbis *d. L.* 10. accomodare possis, nec an ita indistincte obtinere debeat dubio magno vacans. Cujac. 9. *Obs.* 14. quæstionem sic tripartito dirimit. 1.° Si A et B legatus est ususfructus et portio A ei ablata est judicio, deficiens deinde portio B non obvenit victori, aut proprietario, sed collegatario A. 2.° Si vero A non utendo amiserit, aut partis domini acquisitione; quo casu pars ejus obvenit B, tunc B amittente non accrescit A, sed proprietati, quia in persona A amplius spectari nequit, qui totus in personam B recidit. 3.° (quam speciem *L.* 10. constituit) Si A lis fuit de usufructu non cum possessore, sed alio qui liti B obtulit, et sententia secundum illum dicta: hic portio A, sententia amissa, nec acquiritur victori, quia non possidet usumfructum, nec possessori, quia non litigavit sed accrescit B, quamvis et hic mox partem suam amiserit. Quæ ad proprietatem redit, non autem A accrescit, quia is pro fructuario, toto usufructu B quæsito, haberi nequit. Sed hæc refellere nititur Sverin. *de Us. accr. pag.* 79. *et seqq.* et contra priorem partem objicit, quod si victus A, ejus portio conjuncto potius obvenire debeat, ne res inter alios judicata, illi noceat. Resp. ego pro Cujacio. At si aliqua auctoritas rei judicatæ et vis, saltem inter litigantes, necesse est is ususfructus partem habeat, secundum quam sententia lata. Neque ac ulla parte deterior fit conditio B, quam si vel lis nunquam mota, vel pro A judicatum fuisset. Quoad secundum, falsum putat Sverinus quod non utendo amissus accrescat, de quo postea, itemque quod consolidatio det jus accrescendi *l. 3. §. ult. h. t.* Recte hoc. Falsum item quod in persona A. spectari amplius nequeat. Nam et qui totus in unum recidit, quandoque totus vel pro parte ad alium reverti potest *L. 6. §. ult. h. t. L. 1. §. ult. Quib. mo. us. am.* Recte

accrescendi portionem fundi velut alluvionem portinni: usumfructum autem accrescere personæ. *L. si Titio*, 33. §. 1. *D. de usufr.* ut sit sensus, in cæteris rebus, quarum una aliqua pluribus legata est, portionem unius deficientem portiuni, ut fit in alluvione, accrescere; ut si quis ex conjunctis unam portionem non habet, ei nihil accrescat: usumfructum autem ab uno ex conjunctis amissum sic accrescere alteri conjuncto, ut accrescat, sive is suam partem habeat, sive eam amiserit, atque ita fiat, ut accrescat ei, solius personæ ejus habita ratione, non ullius portionis, quam prius ex eodem usufructu habere cœperit. Quod efficitur eadem illa ratione, quæ supra reddita est in portione usufructus accrescente, quia scilicet usufructus quotidie constituitur et legatur. *d. L.* 1. §. *interdum*, in fin. *D. de usufr. accr.* Propone hoc modo: Primo et secundo usufructus fundi legatus est. Primus portionem suam repudiavit, vel sic agnovit, ut eam postea amitteret aut capitis deminutione, aut non utendo. Deinde secundus et ipse portionem suam vel repudiavit, vel prius quæsitam amisit.

et hoc, opinor. Quoad tertiam objicit. Res inter alios judicata nec prodesse aliis. Quare sententiam contra A dictam non parere B jus accrescendi. Male. Nam si hic B accrescit, non fit id rei judicatæ, sed propter amissionem collegatarii, (tametsi huic caussam dederit res judicata) ex voluntate testatoris. Sic in simili, capitis deminutione amissa pars ususfructus accrescit non vi capitis minutionis, ne pœna unius lucro afficiat alium, sed voluntate legantis, qui tacite, in hunc et alium quemcunque amissionis eventum, conjunctum quasi substituisse, censetur. Sed tamen et Cujacium refellit Hortens. *ad d. l.* 10. quia vult judicio amissum usumfructum non accrescere, quasi nec sit amissus, cum hic modus amittendi reperiatur 3. *Sent.* Pauli 6. et quia per sententiam quasi constitutus ususfructus declaratur (licet non constituatur.) Quid enim prodesset defensori absolutio etc. Ipse autem negatione adjecta legit in *d. L.* 10. *non consequitur:* hoc sensu A non consequitur eam partem a possessore, quam judicio ipse amisit, sed eam quam B. non utendo aliterve amisit. Mira vero est expositio Sverini *de Us. accresc. p.* 5n. *et seqq.* Is speciem sic ponit: A et B legatus est ususfructus, diviso eo, A possessionem amittit, alias enim si nondum eam adeptus, potius eam hereditate ageret. Repetiturus possessionem incidit in eum quem possessorem falso putat. Lite contestata inter moras judicii non utendo amittit A usumfructum. Occasio enim amittendi ex lite orta, nec morte vel capitis minutione amisit, quia, ut sequitur, partem hanc ipsam amissam a possessore recipit. Sic amissus ususfructus ad proprietatem redit. Nec enim ut aliis modis, ita et non utendo amissus accrescit. (Quod 8. rationibus probat. 1.° quia hæc amissio non fit ratione personæ, sed rei se quasi in libertatem vindicantis. 2.° Si sic amissa pars accresceret vi conjunctionis, utique si unus fructuarius non posset pro parte amittere, contra *L.* 14. *L.* 25. *Quib. mod. us. am.* quia sibi ipsi accresceret. Nemo enim mihi me conjunctior. 3.° Alias melior conditio ejus qui alteri conjunctus, quam qui solus. Hic enim non utendo totum amittit. Illius pars si veniet ad conjunctum, illo postea amittente, eadem per jus accrescendi recipi posset. 4.° Quod hæc pars collegatarii amittitur, evenit non tantum ex conjuncti, sed et alterius fruendi intermissione. Ergo *per L.* 1. §. *pen. in fi. h. t.* 5.° Repetitio ususfructus expressa a testatore, non intelligitur de casu tempore finiti *L.* 3. *Quib. mo. us.* Minus igitur jus accrescendi nitens tacite voluntate. 6.° Regula quod ususfructus amissus accrescat, accipienda est de modis quibus ex personæ sublatione mutatione ve finitur, non quibus per se afficitur, quæ substantiam ususfructus in se consideratam perimunt. Ut Non utendo, item mutatione rei. 7.° Ex fruendo cum consistat: intermissione fruendi necessario perit. 8.° Fac. arg. *L.* 18. §. 1. *Quem. ser. am.* Sed ad speciem. Pendente lite B. suam partem capitis minutione vel morte amittit. Quær. An accrescat A et si A. vicerit, an reus ad perditum tantum usumfructum renovandum, an etiam ad eum qui accrevit compellatur. Respond. Ad solam partem quam amisit A reus damnandus, non etiam ad partem B quæ accrevit. Ratio 1. Pars enim collegatarii ipsi accrescit. Ideoque eam A novo judicio petere potest a possessore, ac quia eo nomine nihil amisit, nec reus ipsi tenetur, nisi ad eam solam partem, quæ illius dolo culpave perdita, restituendam. Atqui dicitur illam partem a possessore consequi, non ab eo qui liti se obtulit. Resp. Quia condemnatus is qui liti se obtulit, cum ad renovandum usumfructum pendente judicio perditum, teneatur. *L. pen.* §. *pen. si us. pet.* redimere eum a possessore cogit. Quod si lis contestata fuisset contra possessorem: ea pendente, ususfructus tempore amissus non esset per *d.* §. *pen.* ibi, *alio quidem possidente*, quia cum post litem contestatam malæ fidei possessor sit, jam nomine fructuarii uti frui videtur, cui scit fructus restituendos. Accedit quod, ut est in *L.* 60. §. 1. *de Usuf.* aut cavere cogitur, quo casu cautio in locum ususfructus interim succedit, aut sinere fructuarium frui. Hæc summa est expositionis Sverini, argutæ verius, quam veræ et convenientis. Vult idem *d. L.* 10. magis pertinere ad *Tit. Si us. pet.* per epigraphen, ac *L.* 5. §. *p n. et ul. d. t.* interjiciendam. Juris accrescendi mentionem magis ibi ad rationem decisionis, quam ad factum quod principaliter agitur, spectare. Aliam explicationem *d. L.* 10. habet Jo. Suev. *Lib.* 1. *de I. accresc.* C. 4.

Volumus hanc portionem nihilominus Primo accrescere, non autem ad proprietarium redire, si modo Primus eo statu sit, ut quid possit capere. Nempe hoc consequens est illi sententiæ, qua placet usumfructum quotidie constitui et legari. Nam hoc si ita est, dicendum est, eo tempore, quo posterior deficit, eumdem usumfructum videri adhuc utrique illi conjuncto Primo et Secundo legari, eoque et eum, qui Secundi fuerat. Qui si adhuc tunc legatur, necesse est eum, qui legatur, in solidum ad Primum pertinere, nisi Secundus in eum non concurrat, ut est jus accrescendi. *d. L.* 3. in pr. *D. de usufr. accresc. d. L. conjunctim. D. de leg.* 3. Ita una hac ratione fit, ut et amissus postea ususfructus accrescat, et accrescat suam portionem amittenti. Amissus; quia adhuc item ususfructus legatur alteri conjuncto. Suam partem amittenti; quia adhuc et huic is ususfructus, quem ipse non amisit, legari ei intelligitur. Nisi quis malit, quia ususfructus non sit res per se consistens et conjuncta, sed quæ in personæ facto tantum consistat: idcirco in eo accrescendo personam solum spectari sine re, non rem cui accrescat.

XIII. Tertium, quod proprie spectandum sit in usufructu accrescendo, versatur in conjunctionis modo. Quo loco sciendum est hic ad jus accrescendi camdem conjunctionem desiderari, quam in cæteris rebus: et cum intervenerit conjunctio, hanc idem efficere. Solum quædam sunt, quæ proprie hanc conjunctionem inducunt in usufructu; quædam, de quibus dubitatur. Et hæc sunt, de quibus proprie hic quærimus.

XIV. Communia ergo illa usufructui cum cæteris legatis. Primum quod jus accrescendi de usufructu tantum est inter eos, quibus idem ususfructus, id est, ususfructus ejusdem rei legatus est. In quo nihil interest, conjunctim legatus sit, an separatim. *L.* 1. in pr. et *§. interdum; L.* 3. in pr. *D. de usufr. acc.* Quod si (4) separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, cessat jus accrescendi *d. L.* 1. in pr. *eod.* Quod si pluribus ejusdem rei ususfructus legatus sit, in quibus conjuncti, et disjuncti commisti sint, conjuncti unius tantum personæ potestate funguntur. *L. plane.* 34. in pr. *D. de leg.* 1. *L.* 1. *§.* 1. *L. si quis Attio. L. si proprietas, D. de usufr. accr.* Hoc quæritur, quando conjunctim, aut separatim legatus ususfructus intelligatur, quando separatim unicuique partis rei ususfructus. In quibus, ut dixi, propria quædam sunt ususfructus; quædam an sint propria, dubitatur. Et conjunctim usumfructum legari idem hic valet, quod in cæteris rebus legatis, legari pluribus eadem oratione; aut verbo communi plures personas comprehendente, puta, Titio et Mævio do lego: Attio et heredibus meis. *§. si eadem. Institut. de leg. d. L. si quis Attio, D. de usufr. accr.* et quæ sunt similia, quæ declarantur in *L. triplici, D. de verb. signif.* Quæsitum est de duobus dominis servi communis, cui ususfructus legatus est, an hi sint conjuncti in usumfructum, qui illis per eumdem servum defertur. De quo dicam paulo post, quoniam hos non esse conjunctos puto. Separatim legari ususfructus dicitur eodem modo, cum legatur pluribus diversis orationibus, puta, Titio fundi Tusculani usumfructum do lego: Mævio ejusdem fundi usumfructum do lego. *d. §. si eadem, Institut. de leg. d. L.* 1. *§. interdum*, in princip. *D. de usufruc. acc.*

XV. Illud in hac parte proprium conjunctionis genus in usufructu, quod si alii fundum, seu proprietatem fundi; alii ejusdem fundi usumfructum testatur legaverit: placet hos in usufructu esse conjunctos, et inter eos esse jus accrescendi. *L.* 3. *§. ult. L. si proprietas, D. de usuf. accr. L. si alii, D. de usufr. leg.* scilicet, quia ei cui fundus vel proprietas legata est, non deducto nominatim usufructu, sub appellatione proprietatis et dominii etiam ususfructus legatus intelligitur; propterea quod ususfructus dominii pars est, de quo in definitione ususfructus supra diximus.

XVI. Ejusdem generis conjunctio est ususfructus propria, cum ab initio duobus ejusdem rei ususfructus istis modis legatus est: et uno ex his amittente iterum ei legatus est. Nam si ex repetitione is usumfructum habebit, placet inter eosdem jus accrescendi salvum esse, perinde ac si alius esset in hujus usumfructum substitutus: et quanvis non verbis, re tamen videantur conjuncti. *L.* 3. *§.* 1. *D. quib. mod. ususfruc. amit.*

XVII. Quod si Titio et Mævio usufructu legato, testator in repetione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset: placet

(4) Tum enim nulla conjunctio sed duo diversi, ususfructus partibus fundi divisis. Secus est si ususfructus ejusdem fundi legatur A et B ex æquis partibus. Sver. *de Us. accr. pag.* 7. *et* 8. vid. *N.* 16. *ad Leg.* 7. *C.* 13.

et tunc quoque hos esse conjunctos; sed ita, ut si Titius amiserit, totum socio accrescat, quia fuit Titio in totum jam ab initio conjunctus. Quod si Mævius amittat, non totum accrescat Titio, sed pars ad eum, pars ad proprietarium redeat: quia non in totum, sed in partem partis ususfructus sit Mævio conjunctus. Neque enim altera pars potuit illi accrescere ex eo usufructu, quem amisit; cum pugnent inter se acquirere et amittere. Hæc sententia *d. L.* 3. *§. ult. D. quib. mod. ususfr. amit.*

XVIII. Sed meminerimus inter eos, quibus ususfructus separatim legatus est, ita esse jus accrescendi, si singulis legatus sit totus, seu totius rei. *d. L.* 1. *§. interdum*, *d. L.* 3. in princip. *D. de usufr. accr.* Cæterum illud verum esse, quod initio posui, si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, cessare jus accrescendi. *d. L.* 1. in princ. *D. eod.* Id autem, etiam partibus rei non expressis contingit in usufructu duabus bis in caussis.

XIX. Una, cum duobus heredibus institutis, testator legavit alicui proprietatem, deducto usufructu. Hic quidem constat legatarium habere nudam proprietatem, usumfructum autem relinqui heredibus. *§. 1. Inst. de usufr.* Ut vere dici possit duobus his heredibus ejusdem rei usumfructum relictum a testatore: placet tamen inter eos non esse jus accrescendi, sed uter ex his usumfructum amiserit, ejus partem ad proprietarium redire, non coheredi accrescere. *L.* 1. *§. ult. L.* 2. *de usufruc. accr.* Hoc ideo quia heredes jam a principio portiones rerum in hereditate distinctas habent, æquas videlicet, si testator (5) partes non expresserit: si expresserit, constitutas. *L. quoties*, 9. *§. heredes, D. de acquir. hered.* Has easdem portiones divisas in usufructu retinent. Habent ergo partes ab initio, non concursu. Idcirco non est inter eos jus accrescendi. *L.* 3. in princ. *de usufr. accresc.* Idque est, quod significatur illa ratione, quæ in proposito redditur in *d. L.* 1. in fin. *D. eod. nam videri usumfructum constitutum*, qui constitutus est, *non per concursum divisum.* Sic enim oratio accipi debet, videri usumfructum qui constitutus est, non esse divisum per concursum, contra quam jus accrescendi exigit.

XX. Altera caussa est, si e converso duobus heredibus institutis manente apud eos proprietate, ususfructus ejusdem rei duobus legatus sit: sed singulis ab heredibus singulis; idest, uni ab uno herede, et alteri ab altero herede. Puta hoc modo fundi Corneliani usumfructum in ea parte, quæ Primi heredis est, Mævio do lego: ejusdem fundi usumfructum in ea parte, quæ est alterius coheredis, Titio do lego. Idem est; si testator ita scripserit Titio et Mævio fundi Corneliani usumfructum do lego æquis pertionibus heredum. Non sunt, inquam, hi conjuncti in eumdem usumfructum, nec inter eos est jus accrescendi. Hæc sententia *L.* pen. et ult. *de usuf. acc.* quia videlicet vocantur in usumfructum separatarum partium rei. Vocantur enim in usumfructum partium cujusque heredis. Hæ autem jam ante inter heredes erant distinctæ, ut ante diximus.

XXI. Quæsitum est hoc loco, si forte ususfructus servo communi duorum legatus sit, quo loco haberi debeant hujus domini: conjunctine in eumdem usumfructum, ut inter eos sit jus accrescendi: an non conjuncti, ut hoc jure careant. De quo contrariæ videri possunt sententiæ veterum in Pandectas relatæ. Nam in *L. et Proculo*, 20. *D. de legat.* 2. de sententia Proculi et Celsi tum patris tum filii, scriptum est, bis non esse conjunctim, sed partes legatas: eoque si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Contra in *L.* 1. in princ. *de usufr. accr.* de Juliani sententia ab Ulpiano scriptum in bæc verba, *si communi servo ususfructus, et utrique* (rectius uni, vel alterutri) *domino acquisitus; quæritur, an altero repudiante vel amittente usumfructum, alter totum habeat. Et putat ad alterum pertinere; et licet dominis ususfructus non æquis partibus, sed pro dominicis acquiratur: tamen persona ejus, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.* Ego autem puto horum utrumque recte dici, nec unum esse alteri contrarium. Ac primum illud Proculi et Celsi verissimum est, quod servo communi legatur, in id dominos servi conjunctos non esse, nec de eo esse inter eos jus accrescendi. Quod plerique omnes in alia re legata facile admittunt, ne quid faciant adversus sententiam *d. L. et Proculo*, *de legat.* 2. In usufructu (6) negant ex *d. L.* 1. in princ. *de us. acc.* Sed et hoc idem in usu-

(5) Nulla hic conjunctio ex testamento, sed sola constitutio ususfructus Henric. a Sverin. *d. lo. pag.* 5. per consequentiam tantum. Nec inter coheredes potest esse jus accrescendi nisi nomine hereditatis, cum requirat partes similares et cognomines, Hortens. *ad L.* 1. *§. ult. et L.* 2. *h. t.*

(6) Ut Sverin. *d. lo. pag.* 8. *et* 9. Rob. 2. *Sent.* 24. Pac. 6. *Q.* 13. Gomez. 1. *Res.* 10. *n.* 40. rationes specialitatis sequentes

fructu pluribus legato non minus probandum est. Nam illa generalis sententia est Celsi, recepta a veteribus, et probata ab ipso Ulpiano, et quidem in usufructu in *d. L.* 3. *D. de* us. acc. *toties jus accrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.* At domini isti servi communis ab initio solidum usumfructum non habent, nec faciunt partes concursu: sed jam ante legatum partes distinctas habent. Acquiritur enim his ususfructus pro partibus dominicis. *L. communis*, in fin. *D. de acq. rer. dom. L.* 5. *D. de stip. servor.* hæ autem partes jam multo ante inter eos distinctæ erant. Non potest igitur inter eos esse jus accrescendi ex superiore definitione. Idque est quod ex ea definitione argumentans Celsus in *d. L. Proculo*, *D. de legat.* 2. pro ratione affert: non enim inquit, his dominis conjunctim, sed partes legatas. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet. Quo magis autem intelligatur istos dominos in ususfructu, qui servo communi legatus est, non facere partes concursu, quem tamen concursum jus accrescendi exigit: hic concursus partes viriles et æquas desiderat, Sic enim personis adscriptis, pro numero personarum et legatum et conditio inter aliquos dividitur. *L. cui fundus, D. de cond. et dem.* At hi domini in servo non semper æquas dominii partes obtinent. Unde fit, ut pro his partibus dispares partes ususfructus accipiendo non possit dici eos concursu partes facere, eoque nec conjunctim solidum his usumfructum, sed partes tantum legatas, ut Celsus scribit.

XXII. Sed tamen non eo minus verum est, quod Julianus scripsit, et Ulpianus probat in *d. L.* 1. in princ. vers. *denique de usufr. accr.* Uno ex his dominis legatum repudiante, aut amittente, ejus portionem ad alterum pertinere, non ad proprietarium redire. Neque hoc priori sententiæ adversatur. Hæc enim portio deficiens ad alterum ex dominis pertinet non conjunctionis aut accrescendi jure, sed jure (7) potestatis. Quo fit ex regula veterum tradita in hac communione, ut quod per servum communem acquiritur, si alter ex dominis acquirere non potest, totum ad alterum pertineat, cui acquiri potest. *L.* 1. §. *communis*, *L. item*, 9. *D. de stip. serv.* In proposito autem qui dominus legatum usumfructum repudiat, aut semel quæsitum postea repudiat, is amplius eam partem habere non potest. Consequens igitur superiori definitioni, ut totum ad alterum ex dominis pertinere debeat.

XXIII. Multum vero interest, utro jure dicamus portionem hanc deficientem ad alterum ex dominis pertinere: ne quis forte irrideat, quod tam enixe contenderit Celsus jus accrescendi inter istos dominos non esse; cum frustra id sit, si nihilominus aliquo alio jure pars deficiens potest pervenire ad alterum. Si jus accrescendi portionem adjicit alteri, non potest ullo casu evenire, quin eo jure pars deficiens ad illum alterum pertineat: quoniam inter conjunctos est semper jus accrescendi uno partem ususfructus amittente. Sed quoniam jure potestatis fieri dicimus, ut hæc pars redeat ad alterum: futurum est, ut si, uno ex dominis deliberante, an legatum agnoscat, aut dum pendet, an amittat, servus communis sit manumissus, hujus portio deinde repudiata, aut postea amissa, manumisso acquiratur, non alteri domino, cujus in potestate servus esse desiit. *Arg. in L. servus duorum*, 64. *D. de acquir. hered.*

XXIV. Verendum tamen quis dixerit, ne ex eodem loco probetur Julianum hoc sensisse portionem ab uno ex dominis amissam ad alterum pertinere accrescendi jure. Nam in *d. L.* 1. §. 1. *de usuf.* ita dicitur idem Julianus scribere, portionem istam deficientem ad solum socium, id est, alterum ex dominis pertinere debere, quasi solum conjunctum. Sed bene dixit non simpliciter conjunctum, sed quasi conjunctum. Re vera enim non est conjunctus: qui in

adferens: 1.° Facilius amittitur ususfructus morte etc. facilius conservatur per jus accrescendi. 2.° Relictus servo communi fundatur in persona dominorum. Proprietas autem prius in servo subsistit, licet non duret. 3.° ususfructus est jus valde personale, unde considerabatur persona servi et olim ejus morte peribat *L.* 18. *Quib. mod. us. am.* Quare repudiante uno domino accrescit alteri; ex persona servi, in quo major unitas quam duorum conjunctorum in eadem oratione et sic vivente servo videtur in eo durare jus et causa acquisitionis ususfructus et fere Duar. *Lib.* 1. *de I. accresc. C.* 13.

(7) Ita et Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progr.* §. 23. *n.* 58. Castillo *de Usufr. C.* 48. *n.* 34. Jo. Suev. *Lib.* 2. *de Jure accr. C.* 11. Diss Gilb. Reg. 2. *Enant.* 16. putans Celsum *d. L.* 20. et Ulp. *d. L.* 1. §. 1. pugnantia scripsisse et Cassianos, ac Proculeanos dissensisse, uti et Hortens. *ad d. L.* 1. §. 1. *pag.* 171. et *seqq.* ubi *pag.* 176. non defendi posse quod in *d. L.* 20. partes dominis legatas dicit Celsus, cum tamen nec dominorum, nec partium ulla testatori mentio.

eumdem usumfructum solidum vocatus non est, ut ostendi. Verum effectu quodammodo conjunctus est, qui deficientem istam portionem non minus accipit, quam si esset conjunctus. Secundum quæ recte dicemus, usumfructum omissum, si ad quem alium quam proprietarium redeat, non ad alium redire, quam ad eum qui in eumdem usumfructum legatum sit conjunctus, ut initio proposui. Sed conjunctum dupliciter accipi debere: eum, qui vere conjunctus est, id est, cui ejusdem rei usufructus legatus est cum alio, inter quos est jus accrescendi: et eum, qui vere conjunctus non est, conjunctionis tamen habet effectum. Is autem est unus ex dominis servi communis, cui servo ususfructus legatus est, scilicet quia uno ex his dominis deficiente, ususfructus ad alterum quasi solum conjunctum pertinet, licet non accrescendi jure.

CAP. XXIV.

De usu. Usus quomodo acquiratur; Conservetur: Amittatur: Amissus ad quos redeat. Quid contineat ex definitione. Uti quid sit. Usus quid commune habeat in commodis rei percipiendis cum usufructu; quid ab eo discrepet.

Transitio et divisio. I.

Usus constituitur iisdem modis, quibus ususfructus. Est tamen aliquid in quo differunt, et quale sit. II.

Constitutus iisdem actionibus conservatur; et amittitur etiam iisdem modis. III.

Amissus statim, et perpetuo ad proprietarium redit et quare. IV.

Usus ab usufructu differentia: præcipue in jure pso utendi consistit. Ejus definitio, et explicatio. V.

Jus utendi ex quotidiano usu et sufficientia metimur. VI.

Neque illud vendere, locare, donare usuario permittitur. Et quare. VII.

Nisi aliud voluerit testator. Voluntatis conjectura qualis: hujus exempla. VIII.

Exponitur. L. Divus Hadrianus 22. *in princ.* D. de us. et Habit. *Quæ inde consectaria.* IX.

I. De priore specie servitutis personalis dictum est, id est, de usufructu et quæ ususfructus vim obtinent, habitatione; et operis servorum. Restat ex duabus propositis speciebus altera hujus generis, usus, seu nudus usus, quia sine fructu, ut est in *L.* 1. *D. de usu. et hab.* De eo ut recte habeatur, eadem illa quærenda sunt, Quomodo constituatur; Constitutus quid contineat, et hoc quod continet, quomodo conservetur; tum Quomodo amittatur, postremo Amissus ad quem redeat. De quibus omnibus excepto jure ipso utendi, eadem prope omnia servantur, quæ in usufructu.

II. Constituitur usus iisdem modis, quibus ususfructus. *L.* 1. *D. de usu. et hab. Inst. eod.* in pr. Tantum hoc interest ex natura utriusque generis, quod ususfructus pro parte rei et divisa et indivisa constitui potest. *L.* 5. *D. de usufr. L.* 1. *§. si ususfructus, D. ad leg. Falc.* Usus pars legari et constitui non potest. *Nam frui quidem,* inquit Paulus, *pro parte possumus, uti pro parte non possumus, L. usus pars, D. de us. et hab.* Hoc ideo, quia usus in nudo facto consistit, quod post se nullos relinquit fructus, qui dividantur. Facta omnia, si in his consistitur, indivisa sunt. Si quid enim non fecimus, in totum verum est nos non fecisse. Et si fecimus, rursum in totum verum est nos fecisse. Ususfructus autem ab initio quidem consistit et ipse in facto: *L.* 1. in princ. *D. quand. di. us. leg. ced.* sed versatur factum in fructibus percipiendis, quos et ipsos post se relinquit, et adjicit fructuario. Atque in his fructibus omnis est utilitas ususfructus. Porro hi fructus quia corporales sunt, (1) dividi possunt. Hinc ususfructus dividuus propter utilitatem, in qua versatur, dividuam.

III. Usus constitutus iisdem actionibus

(1) Ratio hæc genuina et vera, quæ habetur in ipsa *L.* 19. Et convenit Govean. *ad L.* 1. *§.* 9. *ad L. Falc. n.* 1. quia ipsi fructus, inquit, in quibus ususfructus consistit; adeo ut et fructus interdum usumfructum vocemus, dividui. Reliquæ autem servitutes in solo usu consistunt, nec ulla præterea res iis juribus subest, et P. Grangian. *Paradox. C.* 7. Jo. del Castillo post alios *de Usuf. C.* 31. *n.* 18. *et seq.* Vult. *in pr. I. de usuf. n.* 17. Possum pro parte fructus capere, uti non possum re nisi tota. Nam si equo, ex. gr. utar, sit, toto utor non pro parte. Fructus tamen equi dividi possunt, ut si cum

et remediis conservatur, quibus ususfructus. *L. filiofamilias, D. de us. et hab.* Et hoc est: de usu itidem, ut de reliquis servitutibus, actiones in rem competunt, confessoria et negatoria: illa usum in re aliena suum esse intendenti: hæc domino neganti se usum debere. *L.* 2. in pr. *D. si serv. vind.* Constitutus et conservatus retinetur eosque donec amittatur. Amittitur et ipse iisdem modis, quibus ususfructus. *Inst. de us. et hab.* in pr. exempli gratia morte usuarii. *L. usus aquæ, D. eod.*

IV. Amissus statim ad proprietarium redit, non ad ullos alios, quoniam in eumdem usum nulli alii conjuncti esse possunt, eoque nec in usu jus accrescendi inter aliquos. Non enim potest hoc jus esse, nisi inter eos, quibus eadem res ita legatur, ut concursu partes faciant. *L. conjunctim, D. de leg.* 3. *d. L.* 3. in pr. *de usufr. accr.* Nulli autem in eodem usu partes concursu facere possunt: quia usus partem non recipit. *L. usus pars, D. de us. et hab.* Quo fit, ut si duobus ejusdem fundi usus legatus sit,

ad quasvis res uti liceret, ad certum tantum negocium utar. Quod tamen exemplum non adeo conveniens puto. Ususfructus dividuitas tum maxime spectatur, cum plures in ejusdem rei usufructum concurrunt. Possunt autem in eadem re indivisa ususfructus partes divisæ a diversis haberi. Ut A. et B. legatus est ususfructus fundi Tusculani. Utroque agnoscente legatum, habentur primo in usufructu partes indivisæ. Sed postquam communi dividundo judicio actum fuerit, cautionibus interpositis a communione disceditur *L.* 13. §. 3. *de Usufr. L.* 16. *prin. Fam. erc.* fiuntque partes divisæ, fundo nihilominus (dividuo licet) indiviso manente. Neque enim res semper ita transigitur, ut A. anteriore, B. posteriore parte fundi, utatur fruatur: sed sæpe inter se cavent qualiter fruantur *d.* §. 3 alternis forte annis, aliave ratione, vid. *L.* 7. §. 10. *comm. divid.* Tametsi vero et usus in fructibus consistat, ut Hot. objicit *Ill. Q.* 20. discrimen tamen inde quod ususfructus continet omnem omnino utilitatem, quæ ex re percipi potest; Usus autem nudus solos eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Nihil impedit fructus omnes inter plures dividi At hoc res non patitur ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, et tamen pro parte, re utantur. In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire queunt: In usu habetur. Si igitur ex. gr. equi ususfructus legatus duobus: Equi usus alteri locari potest, ac pensio inter utrumque ex æquo dividi. Sit ejusdem usus legatus. Hic locari alterique concedi nequit, sed tantum usuarius ad suam necessitatem uti potest. Quid igitur si eodem die quo unus, alter itidem equo ad negocia sua familiaria indigeat. Apparet sane eos in usu concurrere non posse. Nec igitur si a communione discedere velint res ita transigetur, ut in *d. L.* 7. §. 10. sed necesse erit uni soli usum adjudicari, et alteri in præstationem æstimationis partis condemnari. Quod si res plurium usui sufficiat, ejusdem solidus usus pluribus competere potest *L.* 7. §. *ult. Commod.* Ex gr. Silvæ amplæ et copiosæ usus tribus relictus est, quæ vel pluribus satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare possit. Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas) unius usus, sed pro se quisque usum solidum et distinctum. In quo alia differentia usus ab usufructus. Usus plures unius rei esse possunt, quia nihil impedit quemque, ex. gr. tantum arborum cædere quanto indigeat ad necessitatem. Usumfructum, ne sit nisi unus, Lex naturæ efficit: cum pugnantiam involvat plures in solidum frui, id est quemque omnem fructum et utilitatem rei percipere. Recte autem noster propter utilitatem esse dividuum, ratione scilicet fructuum. Non enim per se et sui natura quatenus jus est ac servitus, ut et recte Coras. *ad L. viæ* 17. *de serv. n.* 15. cum dividuitas sit affectio quantitatis, nec per se convenire possit, nisi rei corporeæ, cumque eodem genere proximo cum servitutibus reliquis contineatur; dividuum vero et individuum ad idem genus proximum reduci nequeant, *L.* 23. *de usucap.* Nec tamen ideo ad divisionem tantum fundi seu rei in usumfructum traditæ est dividuus, quod velle videtur Hot. *Ill.* Q. 20. quia ususfructus partis fundi dici possit, non pars ususfructus fundi, et P. Greg. *in Meth. parva L.* 1. *C.* 6. *n.* 6. Nam cum in divisoriis judiciis dividitur, itemque cum per legem Falcidiam minuitur, non ideo fundus aut res fructuaria in plures minutiores dispescitur. Sed nec ea ratione, quod fructu et usu constat, ut alterius possit esse fructus, alterius usus *L.* 42. *de Usuf.* ut Gœd. *ad L.* 25. *de V. S. n.* 18. *et de Contr. stip. C.* 6. *Concl.* 22. *n.* 305. Nam nec tunc fructus sine usu est, vid. *supra N.* 1. *Cap.* 7. et ut maxime usus tunc abesset, esset tamen ille unus idemque rarior casus. Certe cum pro parte divisa constitui, lege Falcidia minui dicitur; non hic sensus quod alteri fructus sine usu legari queat, quod legis Falcidiæ, ut usus fructui detrahatur. Sicuti nec in judiciis divisoriis uni usus, alteri fructus adsignatur *d. L.* 7. §. 10. Multo autem minus idem dividuus, quod fruitionem vendere extraneo possit, jus ipsum ususfructus suæ personæ affixum retinendo, ut M. Lyclama *L.* 3 *Membr. ecloga* 12. Nam per venditionem hujusmodi nullæ partes, nec indivisæ nec divisæ fiunt, sed unus fructuarius manet qui vendit, idemque solidum nec imminutum jus ususfructus obtinet. Vid. de dividuitate ususfructus præter dictos, non uno modo variantes Cujac. 5. *ad Afr. ad L.* 17. *de usu et hab.* Egu. Baro *L.* 2. *de divi. et indi. obl. C.* 3. Vacon. 5. *Declar.* 73. *n.* 9. Gomez. 2. *Res.* 10. *n.* 18. Palad. 1. *Rer. quot.* 6. §. 1.

uno usum amittente, jus ad proprietarium redeat, non autem alteri legatario accrescat.

V. Si quid igitur inter usum et usumfructum interest, solum interest in jure ipso utendi. De quo cognoscendum est, quid contineat. Et constat usus similiter ut ususfructus suis commodis et oneribus. Commoda in eo, quod consequitur quisque ex usu constituto, quod definitio ab initio indicabit. Et cum ususfructus sit jus utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia: necesse est usum dici jus utendi alienis rebus salva rerum substantia. Usuifructui enim si fructum tantum detrahas, necesse est cætera omnia manere in re præter hunc fructum, et jus fruendi. Idque est, quod dicitur in *L. 2. D. de us. et hab.* cum cui usus relictus est, uti posse, frui non posse. Uti est, rem tractare et exercere commoditatis alicujus percipiendæ caussa, quæ ex ea re secundum conditionem rei percipi potest. Est rem tractare. Unde usus veteribus possessio. Ex quo usucapio acquisitio per usum et possessionem. *L. 3. D. de usuc.* Est exercere. Inde usus pro exercitatione, ut illa optima sententia Ciceronis *Lib. 1. de* Orat. *usus frequens omnium magistrorum præcepta superat.* Sed utrumque commoditatis alicujus percipiendæ caussa. Unde fit, ut usus quoque utilitatem significet. Inde ex usu esse idem, quod commodum et utile esse. Non tamen cujusvis commoditatis caussa, sed quæ secundum conditionem rei ex ea re percipi potest. Nam qui secus utitur, abutitur, non utitur. *L. sed si quid.* 15. §. 1. *D. de usufr.*

VI. Habet igitur usus hoc commune cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re aliqua percipienda versatur, et sæpe usus rei tantum continet, quantum ususfructus. Unde hic merito quæritur, quem definiamus modum utriusque juris, quo distet alterum ab altero. Et hic a veteribus laboratum esse apparet ex eorum cum dubitationibus, tum dissensionibus de hac specie, et nunc etiam in his quæ ab illis constituta nobis tradita sunt, quam recte et ex natura usus constituta sint, laboratur. Et si summatim dicendum est, est istarum rerum differentia summa duplex. Primum quia uti in re ipsa tractanda, qua utaris, versatur: ideo hic utendi modus est, ut sit uti tantum commoditatis ex re aliqua capere, quantum tractanti et consumenti ad usum et utilitatem (2) quotidianam sufficit: et extra hanc sufficientiam et consumptionem usus non progreditur, ut colligere est ex *L. plenum*, §. 1. *D. de usu et hab.* frui autem per contrarium *ibidem* dicitur esse etiam ad compendium. Id valet, quod apertius supra demonstratum est, frui esse, quantumcumque commodorum ex re aliqua percipi potest, tantum capere sine exceptione, etiam si non tractes ipse, aut consumas, sed alii tractandum et consumendum concedas. *L.* 7. in pr. *L.* 9. in princ. *D. de usuf.*

VII. Huic consequens altera differentia: Qui usum habet, neque ipsum jus utendi, neque utendi facultatem alii (3) vendere, aut locare, aut gratis concedere potest. *L. sed neque L. inque eo. L. plenum*, §. *ult.* illic, *operas*, *D. de usu et hab.* §. 1. *Inst. eod.* Quomodo enim, inquit Ulpianus, concedere alii usum potest, qui ipse uti et rem tractare debet? *d. L. plenum*, §. *ult.* vers. *operas*. Qui autem usumfructum habet, potest hæc omnia facere. *d.* §. 1. *Inst. eod.* *L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*. *L. non utitur*, 38. *D. de usufr.* scilicet quia qui horum quid facit, aut pretium percipit, aut mercedem, aut beneficii debitorem acquirit. Quæ omnia sunt in fructu et emolumento rei. Emolumentum autem omne fructuarii, quocumque modo percipiatur.

VIII. Hoc tamen posterius in usu ita temperandum est, nisi conjectura voluntatis testatoris etiam usum vendi aut locari posse suadeat. Quæ conjectura nonnunquam admittitur, alias ex conditione personæ legatarii, alias ex genere relicti: Ex conditione personæ legatarii, veluti si aurigæ legatus sit equitii, seu equorum usus. Placet eum equis uti posse ad vehendum etiam tunc, cum currum mercede exercens alios vehendos conducit, si testator sciens eum hujus esse instituti et vitæ, reliquit. Etsi enim vi-

(2) Usus est necessitatis tantum, ususfructus etiam voluptatis. Usuarius plus percipere non potest quam ad se et familiam sustentandam pro vitæ conditione, ut nec desit quid vel abundet; Fructuarius autem etiam ad lucrum. Vult. *in pr. I. h.* 1. *n.* 3. Castillo *de Usuf. C.* 28. *n.* 12. Plus licere ei cui legatus, quam cui inter vivos constitutus usus. P. Fab. *ad L.* 12. *de R. I.*

(3) Quia consistit in utendo ad strictam necessitatem. Si vero liceret cedere, mutatione personarum conditio domini gravaretur. Non enim omnibus idem utendi modus, eadem temperantia vel abstinentia. Foppa ab Æzema 1. *Dissert.* 12. Add. P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 4. *et seq.*

detur auriga isto modo locare equos: tamen recte existimatur testator usum equorum in persona aurigæ ad conditionem et institutum vitæ ejus retulisse. *L. plenum*, § *equitii*, *D. de usu et hab.* Ex genere relicti, cum silvæ, puta, usus legatus est, et res est in ea caussa, ut nisi silvam cædere et vendere ut fructuariis licet, nihil habiturus sit usuarius ex eo legato. Quo casu statuit Hadrianus fructum quoque usuario legatum videri, idest, datum, ut vendere quoque liceret; quod est proprium fructuarii.

IX. Significatur hoc in *L. pen.* in pr. *D. de usu et hab.* cum dicitur, quibusdam quibus usus silvæ legatus esset. Fructum quoque legatum videri hac ratione, quia *nisi liceret legatariis vendere, nihil habituri essent ex eo legato.* Ratio hæc conditionis vim habet. Addita est enim, ut significetur ideo quibusdam illis fructum datum, quia ita accidisset, ut nihil alioqui habituri essent: quod si habituri sint, datum non videri. Sic enim est vis rationis legi additæ, ut cessante ratione, propter quam jus constitutum est, juri non sit locus *L. de eo*, juncta *L. quid enim, seq. D. de jud. L. quod dictum, D. de pact.* Ergo non quandocumque usus silvæ legatus est, existimandum est statim et usuario cedere et vendere licere: sed tunc solum, cum alioqui nihil capturus est ex eo legato. Quod tunc accidit, cum alicui oppidano legatus est usus silvæ ab oppido remotioris, ubi si cogatur legatarium silvam cædere, et convehere ligna in urbem ad suum usum, pluris illi constent impendia, quam si cogatur in ipsa urbe ligna emere. Ex quo colligimus duobus temporibus non videri fructum plenum silvæ legatum esse ei, cui usus silvæ relictus est. Uno, si silva sit propinqua legatario, ut cædens et utens ligno minus impendat, quam si emat ab aliis propter silvæ vicinitatem. Altero, si silva ampla sit, et partis silvæ usum vendendo, tantum consequatur ex pretio, quantum illi sufficiat ad ligna ipsi et familiæ necessaria coemenda.

C A P. XXV.

De usu Ædium, Fundi, Pecorum, Servi, quid is usuario in his rebus tribuat. Tractatio specialis eo pertinens; ut cognito particulatim istarum rerum usu, in quibus de hoc jure major dubitatio erat, facilius et certius non solum de reliquarum usu, sed etiam de toto genere statueretur. Tum in universum quæ sint usuarii onera.

Rerum genera quatuor ad usum pertinent; et quæ. I.

1. Ædes. *Harum qui habet usum, non illum alteri vendere, locare aut donare potest; sed tamen habitare idem potest.* II.
   - *Et alios admittere, qui ejusmodi.* III.
   - *Contraria diluuntur.* IV.
   - *Exceptio.* V.
   - *An et proprietarium omnino excludere. Contrariis occurritur. Et quid huic juri consequens.* V. VI.
2. Fundus. *Quibus in rebus usus fundi consistat.* VIII.

Partium destinatarum ferendis fructibus occupatio usuario vetita: villa, Prætorium, Cella vinaria, olearia, aliaque id genus quatenus usuario permissa. IX. X.

Ex fructibus, qui in fundo nascuntur, omnibus quantum sibi suisque sufficiat ad victum usuarius sumit (quinam sui; et quid cuique usuario sufficiat, unde æstimandum). XI.
   - *An et quod convivis et hospitibus sit satis, ruri tantum vel etiam in oppido: et quæ hic habenda domesticorum ab hospitibus differentia.* XII.
   - *An etiam quod familiæ satis in annum.* XIII.
   - *Etiamsi fundi fructum omnem in usum consumpserit.* XIV.

Usus ædium et fundi ex voluntate constituentis metiendus. XV.

3. Pecora. *Usus pecudum aut in operis, aut in his quæ ex animalibus egeruntur, positus.* XVI.
   - *Operarum usus qui.* XVII.

Ovium usus non in agnis, lana, vel lacte; sed in agrorum stercoratione, et in lacte duntaxat modico consistit. XVIII.
   - *Contraria refelluntur. Et quid pecorum fructus perceptione tenus differat a fundi fructibus, ostenditur.* XIX. XX. XXI.

4. Servi. *Horum usus in operis, et in fructibus est totus.* XXII.
   - *Operarum servi usus qualis.* XXIII.
   - *Fructus servi in acquisitione. Et qua in re servus usuario acquirat.* XXIV.

Quarum rerum tradenda usuario possessio, ut illis utatur. Et quid juris in usu pecorum. XXV.

Onera usuarii in rei possessione eadem, quæ et fructuarii; eademque Domino adversus usuarium prodita remedia. XXVI.
   - *At propria usuario ferenda usuriæ rei onera et quæ.* XXVII.

De his ex usus qualitate, et portione fructuum, quæ ad usuarium pertinet, judicandum. XXVII.

I. Sed hæc hactenus descriptio usus ut generalis, ita obscurior est, nec satis rem in omnibus controversiis, quæ de hac specie incidunt, explicat. Quinimmo ex ipsis, quæ diximus, in singulis pæne generibus rerum, quarum usus relictus est, incidunt justæ dubitandi caussæ; cur non videantur pleraque contineri usu, quæ tamen continentur. Quæ cum explicare vellent veteres, necesse habuerunt species rerum proponere in hoc argumento, et in singulis ostendere specialiter, quid usu contineatur. Quod sub his titulis factum videmus. *D. et Inst.* Ad hoc autem declarandum contenti fuerunt quatuor species rerum proponere: quis ex his cæteræ satis intelligi posse videbantur. Species rerum hæ: ædes, fundus, pecora, servi. De quarum rerum usu eodem ordine scriptam est in *L.* 2. et deinceps. *D. de us. et hab.* ac nunc eodem ordine singulas attingemus.

II. Usu ergo (1) ædium legato, si communia illa et certa quærimus, constat eo contineri, ut legatarius inhabitet. Ad id enim conditione sua parantur ædes, ut inhabitentur. Constat et illud, eum, qui inhabita-

(1) Usus ædium quid differat ab habitatione, vid. Hot. *Ill. Q.* 41. *et* 3. *Obs.* 23. P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 10. *et seq. si* χήρας relicta, cur non ususfructus, sed usus relictus in *L.* 10. §. 1. *h. t.* vid. Ræv. 2. *Var.* 12. Perren. 2. *Animadv. et Var. Lec.* 3.

re potest, non posse vendere, locare, aut gratis concedere alii habitationem, §. *item is qui ædium*. *Inst. eod. tit.* Sed circa eum, qui ipse inhabitet existunt duæ quæstiones, et quidem ex descriptione superiore.

III. Primum an possit inhabitare ædes cum aliis, quos in partem ejus habitationis admittat. Movet, quod placet usuarium hunc usum alii concedere non posse. Deinde dum ipse aliquam partem inhabitabit, an possit a totius rei usu prohibere omnes, atque etiam proprietarium. Quid enim, si angustus legatarius non possit amplas ædes totas occupare? Movet hic quoque quod diximus usum esse, si quis rem tractet et teneat. Non tractat autem, neque tenet partem, qui eam non occupat. Hinc ergo, ut dixi, in hac specie superiores dubitationes. Et in summa obtinuit utrumque horum legatario licere, ut secundum hanc sententiam definire ita liceat, usu ædium legato præter habitationem legatarii etiam in jure ejus duo hæc contineri; ut possit habitare cum aliis, ac quosvis in eamdem habitationem admittere: tum ut possit ab earum ædium usu prohibere etiam proprietarium. Primum qui usum habet ædium, habitare potest etiam cum aliis quos in partem habitationis recipiat, non solum domesticis, ut uxore, liberis, servis, famulis, omnique familia: sed etiam cum extraneis quibuslibet, ut recipiat hospitem, et inquilinum; id est, vel convictores, vel alios ita inhabitantes, ut ex his etiam pensionem percipiat. Et quod hic licet viro, placet licere et mulieri, cui ædium usus legatus erit. Tantum ut ii, qui recipientur in ædes, non seorsim et sine usuario habitent, sed una cum eo easdem ædes inhabitante. Hæc in *L.* 2. 3. 4. 5. 6. 8. *D. de usu et hab.*

IV. Itaque quod scriptum est in §. *item is qui usum. Inst. eod.* vix receptum esse, ut usuarius cum aliis ullis habitandi jus habeat, sic accipiendum est, ut ægre quidem receptum sit ab initio; receptum tamen. Ut enim intelligitur ex supra scriptis locis, variæ de eo veterum dubitationes fuerunt, sed tamen tandem superior sententia obtinuit. Verumtamen hic obstat natura usus, quam supra diximus. Constat enim eum, qui usum habet, hunc usum aliis concedere non posse. d. §. 1. §. *item is qui ædium, Inst. de us. et hab. L. inque eo, D. eod.* Respondebimus verbis Ulpiani in *L. plenum*, §. *ult.* in pr. *D. eod.* non videri eum *aliis concessisse*, *qui simul cum ipsis utitur*. Quod si hoc obscurius est, dicemus planius eum videri concedere sibi, qui concedit aliis sua gratia. Isto enim modo concedit quidem aliis per consequentiam, dum per id alio pervenire vult: sed principaliter sibi, dum in ea concessione se potius cogitat, se concessionem ad commodum sui usus et suæ habitationis refert. Id autem in proposito ita fit. Nam si de familia agitur, nemo potest hac carere. Eo fit, ut cum hæc habitare etiam sit necesse: aut alioqui carendum sit ædibus. Habitare autem cum aliis si non est necesse, at certe commodum nobis, vel utile, vel honestum. Commodum ad societatem vitæ. Cum enim homines sociabiles sint natura, non satis commode sine aliis vivere possumus. Utile adversus pericula, quæ habitatoribus aliorum contubernio destitutis a furibus, et latronibus imminent. Honestum in parentibus, cognatis, affinibus, clientibus, et curæ nostræ commissis recipiendis. Is porro utitur, qui in re aliqua quid facit, quod ad commoditatem ejus usus referatur.

V. Hic tamen unum genus personarum exceptum est, quod usuario recipere in ædes non licet; si is sit, qui honeste cum eo, qui usum habet, habitaturus non sit. Hoc quidem de muliere usuaria non honeste hospitem aliquem recipiente scriptum est in *L. non aliter*, 7. *de usu et hab.* Sed et hoc ad masculos transferendum est; ut si cui usus ædium legatus sit, non possit recipere in ædes meretricem aut concubinam, cum qua honeste habitare non possit. Exceptionis enim ratio pariter ad omnes pertinet, et ex natura usus sumitur. Non est enim in usu cujusquam, nisi quod utenti sit commodum, ut intellectum est ex definitione usus. Nulli autem videri debet commodum, quod utenti non est honestum, non ex dignitate, *L. nepos.* in fin. *D. de verb. signif.* Quinetiam verum est illud Papiniani, ne facere quidem nos posse ea, quæ honeste non possumus. *L. filius, D. de verb. inst.*

VI. Atque ut prius illud est in jure usuarii, ut possit in ædibus habitare cum aliis: ita hoc etiam ei tribuitur, ut dum particula aliqua utetur, possit totas ædes tenere, et prohibere eo venire etiam proprietarium.

VII. Etiamne si tam angustus erit legatarius, ut non possit occupare totius domus usum, et prohibeat dominum uti iis partibus, quæ vacabunt? Et hoc etiam placuit, ut est in *L. penult.* §. 1. *D. de usu. et hab.* At enim non utitur legatarius ea parte, quam non occupat, ex definitione, quia

hanc non tractat, non tenet. Occurrit tacite huic objectioni Pomponius ibidem, cum hanc rationem reddit: *quia*, inquit, *licebit usuario aliis et aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque ædium prout temporis ratio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur.* Est enim hæc sententia, quia nunc aliquam partem non occupat, cum tantisper verum est ea parte non uti. Sed potest postea alio tempore occupare, et ea uti, vel ut in eam ex altera parte commigret, ut plerumque facere inhabitatores solent. Hoc posse facere ad usum ejus partis satis. Quoniam animadverti debet in usu non relinqui ipsam, ut ita dicam, usionem, quæ est cujusque temporis, sed usum, id est, jus utendi. Est autem jus utendi non uti re aliqua, sed posse ea re uti postea, si velis, etiam si nunc non utare. Ex his intelligitur inter usum ædium et usumfructum utentis nihil interesse, cum totum sumat usuarius, ac post usum nihil alii fructuum nomine supersit. *L. fundi. D. de usu et hab.* Eadem caussa est navis, vestimentorum, vehiculi, et similium rerum, quarum fructus in usu est. Quæ eædem multo minus pro parte teneri possunt, quam ædes *L.* 5. §. *ult. D. commod.*

VIII. Fundi usus positus est aut in partibus fundi occupandis tenendisve; aut in fructibus percipiendis.

IX. Partes fundi aut destinatæ fructibus ferendis, aut alii usui. Fructibus ferendis destinatas usuarius occupare non potest: ne cum fructui ad dominum fundi pertineat, eum illi adimat prohibendo, ne fundum colat. *L. fundi*, §. *primo*, *D. de usu et hab.* Et hinc est, quod placet, usuario in fundo hactenus morari licere, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento. *L. inque eo fundo*, *D. eod.* §. 1. *Instit. eod.*

X. Cæteras partes ad fructum ferendum non comparatas licet ei occupare suo jure, iisque uti soli non minus, quam ædibus earum usufructu relicto. Hujusmodi partes sunt in fundo, villa, prætorium, cellæ vinariæ aut oleariæ, loca ad deambulationem aut gestationem parata. Villam ergo sic occupabit, ut ea utatur etiam solus, et prohibeat dominum eo venire. Tantum hoc exceptum, ne prohibeat ibi habitare colonum et familiam rusticam, quæ ibi habeatur agri colendi caussa, item ut proprietarius quoque ipse venire possit ad fructus percipiendos, et per tempora fructuum colligendorum ibi habitare. *L. si habitatio.* §. *ultim. L. plenum.* in prin. *D. de usu et hab.* Exceptio hanc habet rationem, quod ita debet licere usuario omnia in rebus occupandis facere, dum proprietario relinquatur, quod suum est, id est, ut fructus, qui ejus sunt, recte percipiat. Quod aperte contra fit, cum ii prohibentur commode esse in fundo, sine quibus ager coli et fructum ferre, aut fructus percipi recte non potest. Prætorio, id est, villa urbana, seu usui urbano et domini destinata, eodem modo utetur usuarius, si tamen et prætorii nominatim relictus sit usus. Nam alioqui qui locus usibus domini destinatus est, his ipsis relictus intelligi debet, si voluntate aperta testatoris non est ad alios translatus. *L. plenum*, in princ. *D. de usu et hab.* Cella vinaria et olearia quoniam ad habitationem familiæ rusticæ, aut dominum certis temporibus recipiendum non pertinent, placet usuarium usurum solum, dominum vero invito eo non usurum. *d. L. si habitatio*, in fin. Deambulandi quoque et gestandi jus habet usuarius, ut dum deambulare et gestari volet, possit suo jure loca ad eam rem parata occupare. *L. plenum*, §. 1. *D. eod.*

XI. De fructibus fundi percipiendis post varias dissensiones veterum tandem obtinuit hæc sententia, ut placeret usuarium, qui fundi usum habet, non solum uti posse lignis ad usum quotidianum, horto, pomis, oleribus, floribus, aqua, stramentis, de quibus inter veteres conveniebat; sed etiam oleis (sic enim puto melius, quam (2) fo-

(2) Ita et emendat Cujac. 9. *Obs.* 37. cum iniquum sit non uti foliis licere vel hyeme alendo pecori, vel foliis arundinum vineis illigandis. Forner. 2. *Select.* 2. intelligit per folia unguenta ea foliis confecta sive ad oblectationem sive ad valetudinem. Quod refellit Cujac *d. C.* 37. quia de his quæ fundus fert, hic agitur, non de illis quæ nobis ipsi conficimus. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 9. vulgaria folia intelligit, ratione reddita, quia pleræque arbores illis spoliatæ moriuntur, maxime si viridia folia excutiantur. Iucougrue. Quid enim si sponte arbores se illis denudariut, aut si ventorum dejecta. Non de excutiendis foliis agitur, sed usu excussorum. Ræv. 2. *Conject.* 4. rationem in eo ponit quod folia non ad usum fundi, sed ad opera rustica referenda sint, quia illis pecora ali solita, Colum. *L.* 5. *de re rust. C.* 5. Atqui usuarius impedimento esse nequit operibus rusticis *L.* 11. *h. t.* Cui accedere malo, quam cum Connano, et alio viro Clarissimo, cui plurimum alias, et merito, tribuo, legere *doliis*. Loquatur enim *d.* §. 1. de fructi_

liis, ut in exemplaribus vulgaribus et Florentinis) oleo, frumento, et frugibus, et generaliter iis omnibus, quæ in fundo nascuntur, etiam ex quibus victus hominis maxime constaret. Hunc autem esse utendi modum, ut sumat ipse dumtaxat, quod ad victum sibi suisque sufficiat. Sed tamen sumat eousque, quanvis hoc modo ad singulorum capitum victum multum sit ablaturus. Hæc summa *dict. L. plenum*, §. 1. ex cujus sententia interpretari oportebit, quod concisius de his rebus traditum est in §. 1. *Instit. eod.* Sui sunt domestici usuarii. Unde sui heredes dicti, quasi domestici. §. *sui, Inst. de her. qual. et diff.* Domestici iidem, qui in familia. *L. quod si nolit*, §. *idem Pedius, D. de æd. ed.* In familia, uxor, liberi qui sunt in potestate, qui sunt in servitio, et qui mercede conducti famulantur sive servi sive liberi. *L. quicumque, C. de re mil. Lib.* 12. *L. æediles*, §. *familiæ, d. L. quod si nolit*, §. *idem Pedius, D. de æd. ed. L. perspiciendum*, §. 1. *D. de pœn.* Quid sufficiat cuique, una et certa quantitate non continetur, sed ex dignitate et conditione cujusque æstimandum est. *L. sed si quid*, 15. §. *sufficienter*, *D. de usufr.* Neque enim omnes rebus indigent ad victum et cultum eodem modo. Alia est nobilis alicujus viri, aut magistratus persona; alia plebei et privati. Id autem quale sit, bonus judex æstimabit, si de eo erit controversia.

XII. Longius itum est, placuitque usuarium his omnibus rebus pro dignitate uti posse non solum cum familia, sed etiam cum convivis et hospitibus. Hactenus tamen cum his, dum utatur in villa. Si accipere velit, et in oppidum curare deferenda, non permittatur ei in oleo, frumento, et reliquis frugibus similibus: in pomis autem, oleribus, floribus, lignis permittatur. Quæ sententia est *d. L. plenum*, §. 1. illic, *Juventius, de usu et hab.* Differentiæ ratio addita est: *non enim*, inquit Ulpianus, *grave onus est horum posteriorum, si abundent in fundo.* Et res ita habet: Cum olera et poma ad vescendum sumentur, non tamen his multis opus est, quia hæc ad delibandum magis sumuntur, quam ad vivendum: quoniam ex his non vivitur. Sed et ligna cum sumentur, ad plures qui erunt in eadem domo calefaciendos vel unus acervus et focus sufficit. Ex frugibus et iis, quibus alitur hæc vita, necesse est multum sumi, si usuarius ad victum suum et familiæ potest sumere. Nam et quotidiano eo victu homines indigent; et hæc sumpta in universum omnibus non prosunt, sed singulis ex æquo præstandum, unde alantur. Sed hæc, ut dixi, distinctio est, cum usuarius uti volet cum convivis et hospitibus. Nam pro se et familia si uti volet, poterit uti rebus superioribus omnibus quovis loco: quoniam tantum sumere potest, quantum ei et familiæ ad victum sufficiat, ut prius definitum erat in *d. L. plenum*, §. 1. nec mutatur ea sententia postea, nisi cum uti vult cum convivis et hospitibus. idem probatur in *L. fundi*; *D. eod.*

XIII. Sumi posse quod sufficiat ad victum, non sic accipiemus, ut necesse sit sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat; neque enim per totum annum stant fructus, qui per singulos dies cum libeat, sumi possint: sed ut ex penu, idest, si quid est, quod ad penum pertineat, licet usuario capere, quod in annum sufficiat: in annum tamen dumtaxat. *d. L. fundi, D. de usu et hab.*

XIV. Quid tamen, si cum usuarius ex his tantum sumpserit, quantum ei et familiæ sufficiat, nihil reliquum futurum sit proprietario, ut facile evenit in mediocri prædio? Et placet nihilominus usuarium tantum sumpturum, quanvis eo modo fructus consumantur. *d. L. fundi*, in pr. At isto modo usus etiam fructum habebit. Respondet Paulus ibidem, non debere id mirum videri in usu fundi, quia in domus et servi usu hoc idem accidere; quibus quis ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset. Verumtamen huic sententiæ de fructibus fundi ab usuario ita capiendis, ut diximus, plurimum videntur adversari ea quæ traduntur de fructibus pecorum ab eodem usuario percipiendis. Et de eo in pecoribus jam dicetur.

bus et commodis, quæ ex re percipiuntur, quæ et quatenus tribuenda sint usuario. Inter quæ quis refert dolia. Quia dicet, vel quam apte, sumpturum usuarium (restringitur enim mox Nervæ sententia) ex doliis, quod ad victum sufficiat. Contendit, vir ille Clar. non debere legi *foliis*, quia folia fructibus industrialibus non recte junguntur. At, inquam, incommodius oleo et frumento junguntur *dolia*, quæ fructus plane non sunt, sed vasa et instrumenta. Denique usuarius fundi doliis omnino, et solus uti potest, per *L.* 10. §. *ult. in fi. h. t.* Nec quia folia fructus industriales non sunt, ideo minus apte junguntur oleo et frumento, cum in proposito cum illis ex alia ratione in eadem caussa sint.

XV. Hæc tamen omnia, quæ diximus ex usu ædium et fundi sumi posse, sic accipienda sunt, si simpliciter ædium et fundi ususfructus relictus sit. Cæterum voluntas constituentis ut usuifructui, sic et usui modum facit. Potest quisque in ædibus, et in fundo certæ tantum rei usum concedere. Quo casu valebit quidem usu nihilominus: sed valebit tantum hactenus, ne ejus rei usum egrediatur. Veluti, si in fundo alicui concessus sit tantum usus aquæ non ad usum illius prædii sui, sed suum. *L. usus aquæ, D. quib. mod. us. amit.* Eadem et in cæterarum rerum usu intelligenda sunt.

XVI. Pecorum usus aut in operis est pecorum, aut in his, quæ ex his nascuntur, egeruntur ve. Operæ sunt jumentorum, idest, eorum, quorum opera ad rem aliquam juvari possumus: ut boum, equorum, mulorum, asinorum.

XVII. De operis hoc convenit, quæcumque hæ sunt, quæ secundum conditionem cujusque animantis percipi possunt, ad eas percipiendas uti posse pecoribus usuarium, in eoque omnem usum habere. Ut bobus utetur ad arandum; equis, mulis, asinis vel ad hoc ipsum, vel ad vehendum, et onera ferenda, uti mos est cujusque regionis. Et si equitii usus relictus erit, et sint in his equi aliqui non domiti, domare potest ad operas percipiendas. *L. plenum, §. sed si boum, §. equitii, D. de usu et hab.*

XVIII. De iis, quæ ex animalibus nascuntur, emittunturve, ita placuit. Si pecorum usus relictus sit, puta ovium, posse his uti usuarium ad stercorandum agrum: cæterum agnis, lana, lacte uti non posse: præterquam lacte modico. Hæc enim in fructu esse. Fructum autem ad proprietarium pertinere, non ad usuarium. Hæc in *d. L. plenum, §. sed si pecoris*, et ex parte in *§. sed etsi pecorum, Inst. eod.*

XIX. Quæ quidem sententia parum liquet. Est enim, ut videtur, non tantum contraria iis, quæ modo diximus de fructibus fundi, sed etiam ipsa secum pugnans maxime. Nam illa ex fundo, poma, olera, fruges, et similia, quæ ex fundo nascuntur, omnia esse in fructu fundi constat. *L. item, 9. in pr. D. de usuf. L. qui scit, L. fructus, D. de usur.* Et tamen supra diximus posse usuarium uti his omnibus, et ex his tantum posse sumere, quantum ei sufficiat, etiam si hoc modo fructus fundi consumantur. Aut igitur hoc in fundo male conceduntur usuario, cum sint in fructu: aut si recte conceduntur, quamvis in fructu sint, etiam ea quæ sunt in fructu pecorum, usuarium capere oportuit. Jam vero quæ hac sententia continentur, ipsa inter se videntur maxime contraria. Vult enim usuarium agnis et lana in totum uti non posse. At eadem concedit, ut utatur lacte saltem modico. Sed et quod utrique isti parti videatur adversari, vult eum pecoribus uti posse ad stercorandum. Quod nihil aliud esse quis dixerit, quam ipsum stercore omnino uti posse. Quæ tamen omnia pariter sunt in fructu. Sed recte se habent de his omnibus superiores veterum sententiæ. Et quæ nascuntur ex fundo, et quæ nascuntur, egeruntur ve ex pecoribus quorum quidem aliquis sit usus, omnia sunt in fructu: quia res ea ferat. Sed inter fructus fundi, et fructus pecorum hoc interest, quod fructus fundi, qui ex ipso fundo percipiuntur, cohærent fundo. Fructus autem pendentes pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Quare cum usuarius ea percipit, quæ sunt in fundo, non tamen intelligitur uti fructibus, quam fundo ipso. Nam si fructus pars sunt fundi: qui fructibus utitur, is parte fundi utitur. Neque id satis. Sic est conditio superiorum fructuum, ut qui pomis utitur ad vescendum, frugibus ad victum, lignis ad comburendum, is pomis ut pomis, frugibus ut frugibus; lignis ut lignis utatur pro conditione cujusque rei, ad quam ea parata est. Horum alterutrum deest in fructibus pecorum, quos diximus ab usuario capi non posse. Eamque rem facere reperimus, cur ab eo percipi non possint. Nam quod ad fœtum attinet, nemo eo uti potest, nisi jam edito. At editus jam aliud corpus est a matre; ut qui deinceps eo utetur, non possit dici uti matre, cum pars matris esse desierit. Matris autem usus relictus est, non alius corporis.

XX. Quod attinet ad lanam et lac pecorum, hæc quidem cum percipiuntur ex pecoribus, cohærent pecoribus, et eorum pars sunt non minus, quam in fundo fructus pendentes. Sed alia caussa eorum usum removet. Ut enim in fundo debet qui utitur, uti lignis pro lignis, frugibus ut frugibus: arg. in *L. arboribus. 12. in princ. D. de usufr.* Sic in pecoribus lana uti debet, ut lana, lacte ut lacte. At lanæ, ut quis tanquam lana utatur, nullus est aut pertenuis usus. Tunc illius usus est, cum expedita est, neta, texta; quo deinde filo ad elychnia, textura ad vestimenta utamur. Sed his rebus lana esse desinit, et in aliam speciem transit. Ipsa lana, ut lana modo sit, quem usum admodum præbeat, non animadverto. Nisi

si-quis forte ad medicamenta adhibere velit, quam quidem ad rem non dubitem usuarium lana uti posse, uti et modico lacte. Sed quoniam hoc rarius est, et non facile solet accidere, ideo nullam hujus rei mentionem fecerunt veteres, jus non soliti aptare ad ea, quæ raro accidunt. *L.* 3. 4. 5. 6. *D. de legib.* Lactis non eadem natura, quæ lanæ. Lacte enim ut lacte uti possumus. Hinc de lacte nominatim exceptum ab Ulpiano, ut modico lacte uti possit usuarius. Et lacte quidem uti potest, quia dum mulgendo exprimet, ipsis pecoribus utetur; quorum parte utitur. Sed hoc accedit, quod tanquam lacte potest uti: ut jam ei nihil desit ad lactis usum, non magis, quam ad usum eorum fructuum qui ex fundo sumuntur. Cur ergo addidit modicum, quod in fructibus fundi ab usuario percipiendis nusquam adjectum est a veteribus? Consulto, ut puto, ut duas res designaret, quas vellet servari, certam quantitatem sumendi, et certum utendi modum. In quantitate, ut intelligeremus usuarium non ultra sumpturum, quam sibi et suis sufficiat. In utendi modo, ut quamvis intra eam quantitatem consistat, hactenus tamen intelligeremus eum sumere debere, ut lacte tanquam lacte utatur; non autem ita, ut inde butyrum aut caseum conficiat, quanto ipsi et familiæ sit opus.

XXI. De stercore et excrementis animalium, quæ utilia esse possint, fatendum est esse ea in fructu, ut nata in re, et inde percepta, arg. in *L. item*, 9. in pr. *D. de usuf.* Fatendum et illud stercore pecorum usuarium non magis uti posse, quam fœtu. Egestum enim non magis est pars pecorum, quam fœtus editus. Quod quidem cum prioribus optime convenit. Non mutat hanc sententiam, quod dicitur usuarium ad stercorandum agrum suum pecoribus uti posse. Observemus enim bis verbis uti veteres, non autem dicere usuarium stercore pecorum usurum. ***d.* §. *sed etsi pecorum*. *Inst. de usu et hab.* *d.* *L.* *plenum*. §. *sed si pecoris*. *D. eod.*** Utrum horum dicatur, multum interest. Et vero prius recte dicitur; non item recte dicatur posterius. Pecoribus utimur ad stercorandum agrum, cum excrementis nondum egestis inducuntur ipsa pecora in agrum, ut illic stabulentur, illic deponant excrementa et egestiones suas ad pinguefaciendum agrum. Huc vero qui facit, apparet eum non uti stercore quod sumat, cum nondum esset: sed uti pecoribus ad agrum stercore macerandum. At is utitur stercore, qui stercore jam edito accedit ad eo utendum. Quo qui facit, is alia re utitur, quam cujus usus relictus est. Erat enim relictus usus pecorum: stercus autem egestum pars pecorum esse desiit. Ex quo quam bene harum rerum de usu fundi et pecorum veteribus ratio constet, intelligi puto.

XXII. Servorum (3) usus item in operis servorum et fructibus. Horum autem fructus in his, quæ per servos acquiruntur.

XXIII. De operis servorum communia omnia cum jumentorum operis. **§. *item is ad quem*, *Inst. de usu et hab.*** Itaque servi opera utetur usuarius, quibus in rebus volet. ***L. plenum*, §. *ult.* *D. eod.*** dum tamen secundum conditionem servi. Nam et hoc a fructuario exigitur ***L. sed si quid.*** 15. §. 1. ***D. de usufr.*** Additur in ***d. L. plenum. §. ult.*** usurum legatarium servo non solum ad suum ministerium, sed etiam liberorum et conjugis: quasi ipse utatur, qui ad eos juvandos utitur, quibus ministerium suppeditare debuit. Dum autem ad suum ministerium utatur, nihil referre, utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quod ipse faciendum conduxerit, et in quo curam et operam suam præstare debuerit. Quod et ad jumentorum operas transferendum est, in quibus idem munus esse traditur in ***d. §. item is ad quem. Inst. eod.***

XXIV. De his quæ per servum usuarium acquiruntur, vetus est et certa distinctio, ut si quid ille acquirat ex operis suis, usuario non acquiratur. Sin ex re, aut in re usuarii, huic acquiratur. ***L. per servum.*** in pr. ***L. si ita***, §. ***ult. L. servus, D. eod.*** Nata distinctio ex principiis, quæ posuimus. Quod enim ex operis servi acquisitum est, necesse est ob id quæsitum esse, quod locatæ sint concessæve servi operæ alii, a quo et merces operæ profecta sit. Quod ipsum declarat usuarium usum non esse. Jam autem diximus ipsum uti debere. ***d. L. plenum***, §. ***ult.*** vers. ***operas.*** Quod autem ex re usuarii per servum quæritur, tale est, ut in eo acquirendo usuarius opera servi utatur, dum ei mandat, ut ex re sua stipuletur, negotietur, vel quid accipiat, aut factum postea ratum habet. ***d. L. per servum***, in pr.

XXV. Ex his apparet, ei qui usum ha-

(3) Usus servi quid ab operis servorum differat. Vid. Hot. *in* §. *pen.* 1. *h. t.* Usus servi refertur ad usuarium ejusque morte finitur. Usus constituitur personæ, operæ homini et cuivis exhiberi possunt per *L.* 9. *de op. l. etc.* Adde P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 14. et 2. *seqq.*

bet, etiam possessionem rei tradi oportere, ut ea utatur in ædibus, fundo sæpe, jumentis, servis, nave, vestimentis, vehiculo, et similibus, quibus nisi totis uti non licet. Diversum esse in pecoribus, quæ ad fructum tantum ferendum habeantur, ut ovibus, vaccis, capris.

XXVI. Atque hæc commoda sunt usuarii in re, cujus usum habet. Quæ sint onera, videamus. Et sunt hæc in re, quam possidebit, cum fructuario communia. Primum quoniam res aliena est, et in ea non minus, quam in usufructu consultum esse debet proprietario: satisdare debet eodem modo, se boni viri arbitratu usurum fruiturum: et cum usus finitus erit, quod inde exstabit, restituturum, *L. hac stipulatione.* §. 1. *L.* 1. in princ. *D. usufr. quem. cau.* Deinde quod promittit, hoc ipsum et re præstare debet, ut utatur, ut vir bonus, et bonus paterfamilias uteretur. *L. fundi*, in fin. *D. de usu et hab.* quo quid continetur, dictum est in usufructu. Ni facit, eadem remedia proprietario prodita, actio ex stipulatione fructuaria, et rei suæ vindicatio. *L.* 1. §. *ult. D. usu. quem. cav. L. pen.* in fin. *de usu et hab.*

XXVII. Illud proprium, quod pertinet ad onera rei usuariæ ferenda; qualia sunt vectigalia et tributa, sumptus refectionis, culturæ agrorum, alimentorum in pecora et mancipia.

XXVIII. De quibus extat utilis præceptio in *L. si domus*, *D. eod.* de his nimirum ex commodis, quæ usuarius capit, judicandum esse pro portione, ad hanc sententiam, ut si omnis fructus rei ad usuarium redeat, etiam onera ad eum pertineant non aliter, quam ad fructuarium. Sin contra redeat omnis fructus ad proprietarium, etiam hunc onera sequantur. Quod si ea res sit, in qua post usum aliquid domino relinquatur, tum onerum quoque inter eos pro portione fiat divisio. Omnis fructus ad usuarium pertinet, veluti si ædium, si servi usus sit relictus, quibus ille utitur, et commodum earum omne in usu est. Item fundi, si sit medioeris, et usu legatarii fructus consumatur. *L. fundi*, *D. de usu et hab.* Proinde usuarius et reficiet ædes, et fundum colet, et alet servum, curabitque ægrotum. Nihil ad usuarium redit fructuum, aut quod per quam sit exiguum, usu ovium, caprarum, suum relicto: quo in genere illum diximus neque lacte nisi modico, neque agnis aut fœtu usurum. Fructus ad ambos redit, ut in fundo amplo, aut silva ampla, ex quibus enim tantum sumpserit usuarius, quantum sibi suisque sufficiat, nihilominus multum fructuum domino supersit.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

LIBER UNDECIMUS

De servitutibus rerum, sive prædiorum tum urbanorum, tum rusticorum.

CAP. I.

Servitus prædii quæ sit; et quæ caussæ ejus servitutis.

Transitio et ordo. I.
Prædiorum servitutes quare ita dictæ. II.
Prædiorum servitus quid. Et quæ definitionis præcipua ratio, et finis. III.
Caussæ servitutis quatuor, et quæ. Utilis partitio et quare. IV.
Res servituti prædiorum subjectæ, rustica et urbana prædia. V.
Hinc servitutis prædiorum a servitutibus personarum differentia; et qualis. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Finis servitutum, utile seu commodum. Quare illius cognitio necessaria. Utilitatis nomine quid veniat. VIII. XII.
Servitutis prædiorum utilitas duo requirit. IX.
1. *Ut servitus ei prædio sit utilis, cui acquiritur.* X.
Interpretatio L. ut pomum 8. *in pr.* D. de servit. XI.
2. *Ut prædio soli, non alteri: et quare.* XIII.

I. Cognitis servitutibus personarum, restant rerum servitutes; genus alterum propositæ divisionis de servitutibus, ex *L.* 1. *D. de servit.* Re, et habendi jure a superiore plane diversum: ut merito de utroque separatim quæratur in generibus singulis; quam ob rem et genera a veteribus sunt distincta.

II. Rerum servitutes eædem sunt, quæ et prædiorum, quorum unum servitutem debet, alteri debetur, de quo mox plura. Sed tamen et prædiorum dici possunt ab una parte prædiorum, eorum videlicet, quorum caussa constituuntur. Ut enim dicuntur personarum, non quæ utrinque personas habent, quarum una servitutem debeat, et alteri debeatur, sed quæ dantur personis: sic recte prædiorum, quæ dantur prædiis, ut in utraque appellatione ejus, cui servitus debetur, ratio habeatur. Idque ita expressit Ulpianus in *L.* 1. §. *permittitur*, *D. de aq. quot. et æst.* Argumento est, quod quæ dicuntur personarum et rerum servitutes: eædem singulæ numero singulari dicuntur personæ, et prædii servitus. *L. si quis binas* 32. *D. de usufruct. L.* 4. *D. de servitut. rust. præd.* Quæ quidem appellatio uni tantum parti et ei dominanti aperte tribuitur. Apertius, cum dicitur servitus in rem, aut personam constituta. *L. Cajus, D. de ann. legat.*

III. Hoc igitur quæramus, quæ sit rei et prædii servitus. Ea est, quæ alieno prædio imposita ad vicini alicujus prædii solius usum, eumque perpetuum constituta est. Definitio huc spectat, ut declaret eam demum vere esse rei servitutem, quæ ita constituta est ejus rei caussa, ut efficiatur rei

propria; et præterea ita sit in ejus rei potestate, ut possit in ejus rei usu perpetuo haberi, quæ duo sunt, quibus maxime quid alicujus caussa factum esse dicimus.

IV. Sed an vera sit et recta definitio, tum quid contineat, cognitis partibus intelligetur. Partes sunt caussæ servitutis prædii, quas definitio complectitur. Caussas voco res ad constituendam hanc servitutem necessarias: ut si concurrant, efficiatur servitus prædii: si quid in his desit, aut non sit servitus, aut certe non sit prædii. Eas caussas licet in hoc genere observare quatuor, easdem illas fere, ex quibus constant res cæteræ: materiam, finem, formam, caussam efficientem. Et vero sunt hæ caussæ servitutis prædii: Res huic servituti convenientes, velut materia servituti subjecta; Utilitas servitutis prædio dominanti quæsita, tanquam servitutis finis: Hac servitute utendi facultas perpetua, velut forma quædam, quæ ad utilitatem accedens proprium quiddam prædii in servitute efficiat: Constitutio servitutis, tanquam efficiens caussa. De quibus caussis si dixerimus distincte atque ordine quid postulent, et quam jure sint cognitæ: eadem opera assequemur, ut, ubi sit, aut non sit servitus prædii, intelligatur, et definitio superior sit exposita ac plane constituta. Tres priores propriæ sunt hujus servitutis. Quarta in qua posuimus servitutis constitutionem, magis communis cum reliquis servitutibus, et magis ad jus quærendæ et habendæ servitutis pertinet. Quam ob caussam etiam extremo loco hanc posuimus, de qua et separatim atque in commune diceremus.

V. Res servituti prædii convenientes sunt non omnes, sed tantum immobiles. Proinde prædia solum tam urbana, quam rustica. Nam res soli prædia appellamus. Et hæc prædia utrinque exigimus, non tantum ut res, cui servitus debetur, sit prædium: sed et quæ debet, sit item prædium, et contra: atque ita fiat, ut consistat servitus prædii solum in prædiis, quorum unum servitutem debeat, alteri debeatur; idest, quorum uni servitus sit imposita, et sit imposita alterius caussa, cui quæratur et debeatur servitus. Quod ni ita fit, non erit servitus prædii. *L. 1. D. com. præd. §. idem, Institut. de servitut.* Ex quo jam potest intelligi, quam recte dicantur hæ servitutes prædiorum, quæ sunt semper duorum prædiorum, unius servientis, et alterius dominantis: etsi non male prædiorum dici possint hoc ipso, quod tribuuntur prædiis, quanvis fieri posset, ut his tribuerentur a re mobili.

VI. Qua parte maxime apparet, quid hic sit proprium hujus generis, et quantopere in eo distent hæ servitutes a servitutibus personarum. Nam servitus personæ, sive rem spectes, quæ servitutem debet, sive eum cui debetur, neutrubi eam soli exigit. Potest ususfructus ædium et fundi constitui: sed potest et rerum mobilium omnium, quæ sunt in bonis, ut pecorum, jumentorum, equitii, armenti, navis, vehiculi, vestimentorum, servorum, ut suo loco ostendimus. Quod si rem spectemus, cui servitus debetur, hæc vero res in servitute personæ non modo potest esse mobilis, sed nec potest esse alia, quam mobilis. Debetur enim personæ hominis. Persona autem in rebus moventibus. Utrumque contra in servitutibus rei seu prædii, quæ quia utrinque prædia desiderant, ut sit unum, quod debeat, et alterum, cui debeatur servitus, eveniet, ut si vel una res ex his, inter quas servitus constituta est, sit (1) mobilis, non sit prædii servitus. Finge servitutem nobis constitutam in re mobili. Quanvis constituta sit prædii nostri caussa, ut existimari possit data esse nostro prædio; tamen sciemus eam prædii servitutem non esse. Ut puta, legatus est mihi usus jumentorum ita, ut fundo tantum meo opus rusticum facerent, seu ut his uterer tantum colendi agri mei caussa. Nihil hic prædii est: tantum erit usus jumentorum ad certum modum utendi constitutus, idest, servitus personæ. Apparet tamen hanc servitutem maxime constitutam esse prædii mei caussa. Sed non est prædium, quod debet. Hoc autem ut sit, etiam exigimus, *d. L. 1. D. de com. præd.* E converso etsi nobis constituta sit servitus in alieno fundo, et quidem rei alicujus nostræ caussa; si caussa rei mobilis, ne sic quidem erit servitus rei, sed tantum personæ, veluti si mihi cesseris jus (2) pascendi pecoris in fundo

(1) Hinc DD. navi, cum res mobilis censeatur, *L. 1. §. 7. de vi arm. L. 20. §. pen. Quod vi aut clam*, servitutem imponi non posse, Padilla *ad L. 1. C. h. t. n.* 12. Quanquam si maxime jure immobilis ac prædii etiam urbani censeretur, alia tamen deessent, ut vicinitas prædii dominantis etc.

(2) Et jura igitur venandi in alieno, haurienti aquam ex puteo, ligna cædendi et similia, quæ servitutes innominatæ a quibusdam vocantur, non sunt servitutes reales, Tob. Paurmeist. *L. 1. de Jurisd. C.* 18. *n.* 8. licet jus venandi Gail. 2. *Obs.* 66. *n.* 2. ex notissima Germaniæ consuetudine supremi tribunalis sententiis confirmata, servitutem prædialem haberi testetur.

tuo. Ubi apparet servitutem quæsitam esse pecoris mei caussa. Sed non est prædii caussa. Hoc autem genus prædium, cui debeatur, et quidem vicinum desiderat. *L. 4. L. ergo, seq. D. de servit. rust. præd.*

VII. Quo loco statim occurret, ut quæratur, cur non sit servitus rei aut prædii, quæ rei nostræ, aut prædii nostri caussa constituta est: tametsi aut debeatur a re mobili, aut debeatur mobili rei. Quid enim ad rem pertinet rerum conditio, dum sint nostræ, constituentium; et servitus constituta sit rei meæ caussa? Esto enim, sit hæc res mobilis. Attamen res mobilis mea, tam mea est, quam immobilis; et quod ejus caussa paratur, tam paratur rei meæ caussa, quam si paratum esset caussa prædii. Ex contrario et res mobilis aliena destinata ad serviendum, tam est in jure et potestate domini ad servitutem ei imponendam, quam quævis res ejus immobilis. Quid igitur obstant, inquam, res mobiles, quominus sit rei nostræ servitus, quæcumque rei nostræ caussa constituta est: sive res nostra erit mobilis, cui servitutem quæsitam volumus; sive mobilis res aliena, a qua debetur servitus? Et nihil obstaret rerum conditio, si hoc tantum quæreremus in servitute prædii, ut esset prædii caussa constituta. Sed hoc amplius exigimus, ut esse possit in perpetuo rei usu, quoties opus erit. Quam recte exigamus hunc usum, dicetur postea suo ordine. Nunc hoc concesso, quod inde sumi volumus, usum scilicet servitutis rei perpetuum esse debere ei rei, cui debetur: fit, quod est proprium hujus partis, ut non possit servitus rei consistere, nisi in prædiis duobus, quorum uni servitus debeatur, alterum debeat. Nam si rei mobilis usus legatus erit fundi nostri caussa, puta, jumentorum, ut in nostro opus faciant, jumenta subduci possunt, et se ipsa subducere, ne semper parata sint ad usum cum præbendum, cum opus est, et rei nostræ utilitas desiderat. Et contra si fundo alieno imposita erit servitus pecoris nostri pascendi caussa, eodem modo pecora se subducere possunt, et subduci, ne cum ipsis opus est, percipiant eum usum servitutis. Qua utraque res efficitur ne servitus sit in perpetuo usu ejus rei, cui servitus debetur. Utrumque contra eveniet, si erunt utrinque prædia. Hæc enim loco consistunt, nec moventur. Quam ob caussam fieri non potest, quin servitute in his constituta semper parata sint, illud ad usum servitutis debitæ perpetuo præbendum, hoc ad usum servitutis quæsitæ perpetuo recipiendum.

VIII. Prædiis positis, in quibus volemus constitui servitutem, proximum erit ad servitutem prædii constituendam, seu ad hujus constitutionis notionem, ut spectetur utilitas prædii, cui servitutem quæsitam volumus. Hic vero finis est servitutis omnis, hujus utilitas, cujus etiam caussa servitus omnis quæritur in alieno. *L. quoties, 1. D. de servit.* Idem hic finis initio servitutum genera distinguit, ut quemadmodum si qua non sit constituta ad utilitatem alicujus personæ, non est personæ: sic et si qua non erit constituta prædii caussa, non sit prædii. Ita hic finis est in hoc genere, quem prædio invento ante omnia statui oporteat: sine quo quæcumque addiderimus postea, ut efficiatur hæc servitus, tamen prædii servitus esse non potest.

IX. Hæc utilitas in servitutibus prædiorum duo desiderat.

X. Primum illud citra controversiam, ut servitus constituta sit ejus prædii caussa, cui eam quæsitam deberi volumus, sitque ut constituitur, re vera ei utilis. Quæ servitus in alieno meliorem caussam prædii nostri non facit, ea non est prædii servitus. *L. si ædes. 38. D. de serv. urb. præd. L. veluti*, in pr. et §. 1. vers. *quid ergo, D. de ser. rust. præd.*

XI. Hinc illud Pauli in *L. ut pomum, D.* de servit. *ut pomum decerpere liceat, ut spatiari et cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* De servitute personæ hoc dictum accipi non potest. Quisquis enim jure constituto alterum in re sua quid facientem cogitur pati, hujus res servit. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de servit.* Quisquis item in re sua jus suum aliqua in parte deminuit, alterius auxit, servitutem rei suæ imposuit. *L. de pupillo, §. et belle, D. de op. no. nunt.* In ea autem caussa est, qui alteri in re sua pomi decerpendi, spatiandi, cœnandi jus concessit. Sic enim cogitur pati quod prius non cogebatur, et aperte his rebus ut deminuit jus suum, ita auget jus ejus, cui concessit. Non dubium igitur, quin hoc cesso aut relicto, servitus constituta sit. Quæ si non est prædii, restat ex divisione superiore, ut sit personæ. Et est omnino personæ, nempe usus in alieno ad res supra scriptas constitutus. Nam et usus alicui sic constitui potest, ut aqua tantum, quæ in nostro fundo est, utatur. *L. usus aquæ, D. quib. mod. ususfruct. amit.* Quidni et de cæteris rebus aut partibus fundi ita constitui

p.test, ut aqua tantum, quæ in nostro fundo est, utatur. *L. usus aquæ. D. quib. mod. ususfruct. amit.* Quidni et de cæteris rebus aut partibus fundi ita constitni potest, nt quis his utatur ad eumdem certum modom? Quid est ergo, quod Paulus ait superiorum rerum servitutem imponi non posse? Et cum de servitute personæ id accipi non possit; relinquitor, ut dictum sit de servitute prædii: sitque hæc sententia, istarom rerum servitutem prædii esse non posse. Neque vero verba refragantur. Etsi enim generaliter servitutis verbo contineutur servitutes omnes etiam quæ sunt personarum: *L. 1. D. de servit. L. 1. §. si ususfructus. D. ad leg. Falcid.* tamen sic fere usus veterum obtinuit, ut hoc verbo (3) specialiter vocent eam, quæ est servitus prædii. per excellentiam nominis videlicet, quomodo etiam cum simpliciter servitus, et servitutes nominantur. in his locis accipi constat, *L. 2. L. 4. D. de servit. L. ergo, L. veluti. seq. D. de servit. rust. præd. L. 2. D. si ser. vind. §. ultim. Instit. de us. et hab.* Unde *Titulus in C. de servitutibus*, distinctus a *Titulo de usufructu*. Item et in *Institutionibus*. In quo numero et hunc locum Pauli haberi oportet. Et vero sententia ad eam rationem pertinet, quam tractamus. Ideo superiorum rerum servitus prædii imponi non potest. quantumvis prædium vicinum habeamus, quia nihil eorum prædio nostro utile. Sunt enim omnia extra fundum, ut apparet, et cum qoid eorum fecerimus. id est, pomum decerpserimus, spatiati, et cœnati fuerimus in alieno; nihil tamen inde referri potest ad utilitatem prædii nostri, nihil quod in fundo ad ejus utilitatem consumatur. Dices, propter ista fundum nostrum pluris vendi posse, et hactenus servitutem ad utilitatem fundi nostri pertinere. Recte hoc diceretur, si prius constaret hæc jura fundo nostro esse quæsita. Quod si quæsita non sunt, verum non est fundum pluris (4) vendi posse propter ea, quæ non sunt ejus fundi, et quæ fundum venditum non sequuntur. At de hoc ipso controversia est, an sint hæc jura fundo meo quæsita. Hoc quidem Paulus negat, quocumque modo servitutis verbum apud eum accipi placet, sive generaliter, sive specialiter. Et ut quis concedat aliquem venditorem errore deceptom propter ista jura mihi cessa pluris fundom meum emere velle, atque adeo quanvis concedat, jure fondom propter ea pluris vendi posse, quod fieri non potest: tamen vel hoc ipsum declarat ea jura ad utilitatem prædii mei non pertinere: quia pretium tunc percipio, cum amplius prædium non habeo, utpote traditum jam ex caussa emptionis, ant re in eam caussam deducta, ut tradere debeam.

XII. Utilitatem prædii hic sic accipiemus ut exposnimus in definitione servitutis, commoditatem, quidquid denique facere commodum est, vel ad prædi amœnitatem et voluptatem, ut sæpe accidit in aquæductu, et prospectu. *L. hoc jure, D. de aq. quot. et æst.* Sed et illud ex eodem loco adjiciemus. utilitatem præsentem hic necessario non exigi. Servitutem utilem esse posse, et haberi ad casus repentinos, satis esse. *L. ei fundo. D. de servit.*

XIII. Alterum desiderat ea utilitas, quam in servitute prædii quærimus, ut servitus constituta sit ad ejus solius prædii usum, id est hactenus. quatenus ad id prædium opus sit. Non ultra *L. ergo.* in fin. *D. de servitut. rust. præd.* Quod si quid nobis constitutum sit licere ex alieno sumere, quo quidem possimus uti ad utititatem prædii

(3) Ita et Hot. 8. *Obs.* 20. Duar. *ad d. L.* 8. (ipsi 7.) quia servitutes reales perpetuum usum et continuam caussam requirant, et fere Forner. 2. *Select.* 28. Sic et in *Rub. h. t.* genus ad speciem revocari pro subjecto argumento vult Baro *ibid.* Qui tamen ad §. 3. *l. h. t.* accipit *d. L.* 8. de loco alieno ratione constituentis servitutem, ut sit sensus: Neminem in alieno, sed in suo servitutem imponere debere. Quæ non probo. Sic enim dubitatio levissima, et cur speciatim diceretur, quod generatim et perpetuo verum. Cujac. 24. *Obs.* 22. contendit nec servitutem personalem, sic constitui posse, qood nec usui nec usuifructui similis sit; sed conventionem hujusmodi venditioni forte rei adjectam justam esse ac obligationem parere, arg. *L.* 17. *de ann. leg.* et Jo. Superior ad *d. L.* 8. (ipsi 7.) *n.* 2. Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 13. *et seqq. ac* Busius ad *d. L.* 8. Sed quis dicet aquæ haustum usui vel fructui similem, qui tamen quandoque servitus personalis ut et jus gestandi in alieno *L.* 14. *ult. de ali. leg.* Hot. *d. C.* 20. Zas. *in Parat. h. t. n.* 2. vocat hanc servitutem ignominem et enomalam seu irregularem. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 2. *n.* 12. non esse servitutem hanc personalem, sed aliud jus personale illi affine, quod reprobat Coras. *ad d. L.* 8. *n.* 9. *et* 10. qui et *n.* 8. ideo hic servitutem realem non esse, quia prædium cui deberetur, non nominatum.

(4) Jo. Superior *ad d. L.* 8. quod pluris vendi possit, fundus, id quia extra fundum sit ac remotius non spectari. In servitutibus enim hæc, non quoquomodo interesse prædii debere nec secundum quid, sed principaliter.

nostri, verum et extra fundum ad utilitatem nostram liceat: placet servitutem esse personæ, nempe usumfructum; prædii servitutem non esse. Declaratur hæc sententia exemplis in *L.* 4. *L. ergo.* sed maxime in *L. veluti, seq. D. de ser. rust. præd.* Sed cur exigimus ut servitus constituta sit solius prædii dominantis caussa, ac non satis est ita esse constitutam, ut possit prædio aliquo modo esse utilis? Quia id cujusque es. se intelligitur, quod ejus est proprium. At quærimus servitutem, quæ sit prædii. Proinde recte exigimus, ut sit servitus, quæ sit prædii propria. Non est autem prædii propria, si ad alienas utilitates sponte sua potest transferri.

CAP. II.

Servitutes prædiorum facultatem servitute perpetuo utendi, quamdiu amissæ non sint, desiderare. Ad eam facultatem exigi hæc tria: ut sint prædia duo, quorum unum servitutem debeat, alteri debeatur: ut prædia sint vicina: ut servitus quæcumque est prædii, caussam habeat perpetuam: et de duobus prioribus. Maxime de eo, Quatenus vicina prædia esse oporteat, Et quid in his intermedium servitutem impediat.

Prædiorum servitus perpetuum rei servientis usum requirit. I.
Ad hanc usus perpetuitatem tria desiderantur; et quæ. II.
Duorum prædiorum superius exposita ratio; et quatenus. III.
Item prædii utriusque vicinitas per intermedium non interrupta. IV.
An locus intermedius impediat, necne servitutem, unde æstimandum. V.
Non impedit nullus in servitute usus intermedii loci. VI.
Si tamen ille sit necessarius: distinctionis modus qui. VII.
Interest utrum locus intermedius sit proprius, an alienus; itemque sacer, religiosus; an publicus. VIII.
Proprius nunquam impedit. IX.
Alienus, uti et sacer, religiosus, sanctus omnem prædii rustici servitutem impedit, non item omnem urbani: et quare. X.
Publicus locus intermedius nec omnem rusticam servitutem impedit, nec omnem urbanam. Differentiæ ratio. XI.
Item publicum flumen si intercedat, iter aut viam non impedit, cum pontem habet, aut vadum; secus cum pontonibus trajicitur. XII.
Interpretatio L. 38. D. de servit. rustic. præd. *et quatenus fluminis exemplum recte transferatur in privatum lacum, eumdemque perpetuum.* XIII. XIV.
Locus privatus intermedius non est perpetuum servitutis impedimentum, et quomodo: secus publicus, sacer, aut religiosus et quare. XV.

I. Non sufficit servitutem prædio constitutam soli prædio esse constitutam, ut sit prædii. Tertium exigimus in caussis superioribus, ut sit facultas perpetua ea servitute utendi, id est, ut servitus ita sit constituta, ut possit etiam secundum naturam rerum in ejus rei usu perpetuo haberi. Nec immerito id tertium exigitur. Nam ne hoc quidem proprium, quod hic quærimus, esse intelligitur cujusquam, nisi quod sit etiam in ejus potestate, ut eo uti possit, cum velit, aut alius ejus nomine, nec finiatur, quandiu est is, cujus res est propria, nisi amittatur justis et constitutis modis. Id in servitute prædii ita contingit, si ut prædium perpetuum est, ita facultatem servitutis sibi semel quæsitam perpetuo retineat, nisi suis et justis modis amittatur. Ut autem sciri possit hujus perpetui usus facultatem ad naturam servitutis jure necessariam haberi: quæcumque visa sunt ad hunc usum obtinendum pertinere, observabimus eadem ad constituendam prædii servitutem jure recepta desiderari; ut sic ex iis, quæ propter finem inducta sunt, liceat finem ipsum facile agnoscere.

II. Sunt ergo ex hac caussa hæc tria ad servitutem prædii constituendam. Primum ut sint prædia utrinque huic servituti subjecta, quorum unum serviat, alterum dominetur. Secundum, ut hæc prædia sint vicina. Tertium, ut servitus quæcumque est, caussam habeat perpetuam. De quibus omnibus juris et veterum constitutiones sunt certæ.

III. De prædiis jam ante diximus in rebus; in quibus volumus servitutem consistere. Idque ideo distincte et primo loco, quia ante omnia res convenientes subjacere oporteat, in quibus constituatur prædii ser-

vitus. In quo est quidem materia servitutis hujus generis: sed ita tamen, ut eum longius progredi, et caussam investigare volumus, prædiorum in hac servitute exigendorum ratio ex hac caussa ducatur, quia in hoc genere perpetuum usum servitutis quærimus. Hic enim ita demum pro natura rerum esse potest, si servitus constituatur in rebus immobilibus, id est, in prædiis; rebus videlicet eodem loco perpetuo consistentibus, eoque ita constitutis, ut una perpetuo parata sit ad servitutem præstandam, altera ad recipiendam, ut et supra ostendimus.

IV. Non est satis. Ex eadem caussa in his prædiis exigitur secundum ad servitutem prædii, ut sint vicina; quod quidem satis sit ad usum servitutis perpetuo præbendum, et mutuo recipiendum. Servitus prædii quamvis prædio imposita et alterius prædii caussa, quod quis habeat: tamen ei qui vicinum prædium non habet, constitui non potest, ut est in *L. ergo*, 5. *D. de servitut. rust. præd.* et *L. Mela*, *§. ultim. D. de alt. leg.* Sed vicina prædia intelligere debemus, aut (1) conjuncta et continentia, quorum ex uno ad alterum servitutis usus pervenire potest sine interruptione; aut loco quidem aliquo intermedio disjuncta, sed eo loco, qui non impediat usum servitutis. Cæterum loco medio intercedente, si is servitutis usum impedit, servitus constitui non potest, sive impediat in totum; sive ita, ut per naturam loci nobis non liceat servitute uti, eum opus est, et volumus. Facultatem enim, ut dixi, ea servitute utendi perpetuam exigimus. In itinere actu, via, et similibus servitutibus rusticorum prædiorum per fundum meum ad tuum constitutis, locus intermedius privatus, qui non servit, in totum impedit usum servitutis. Ideo sine dubitatione impedit servitutem. *L. qui sella*, *§. ultim. D. de servitut. rust. præd.* Sed ut maxime intercedat flumen publicum, quod a quovis privato usu navigari et trajici potest: si tamen flumen nihil habeat amplius, quam pontones, quibus trajiciatur, placet viam per fundum tuum ulteriorem ad citeriorem meum constitui non posse. *L. ult. D. de ser. rust. præd.* Non alia de caussa, ut apparet, quam quod pontones non semper sint ad manum, ut ire et commeare liceat, quoties libet, aut expedit.

V. Hinc quæsitum, quæ loca intermedia interrumpant usum servitutis, aut non interrumpant, ac per usum impediant, aut non impediant servitutem. De quo commode ita statuemus. Primum videndum, utrum ut usus servitutis a prædio alieno ad nostrum pervenire possit, nun necesse sit aliquid facere in loco intermedio; an vero sit necesse.

VI. Si nihil facere necesse est, nullus locus intermedius impediet servitutem, quæ modo prædio nostro possit esse utilis. Quod accidit in servitute, ne luminibus, aut prospectui ædium nostrarum officiatur. Finge enim inter meas et tuas ædes intermedias esse ædes Titii, sed depressas ita, ut si velis attollere ædes tuas, possis nihilominus et prospectui, et luminibus meis officere. Si mihi concedas jus tibi non esse tollere altius, ne luminibus meis aut prospectui officias; aperte utile jus est ædibus meis, et utilitas ejusmodi, quæ ad meas ædes pertineat, etsi nihil ego in ædibus Titii faciam; aut in eas immittam. Ideo placuit hanc servitutem ulterioribus ædibus recte imponi, nec intermedias ædes alienas, quanvis non serviant, obstare. *L.* 4. in fin. *L.* 5. *L.* 6. in princ. *D. si ser. vind. L. in tradendis.* §. 1. *D. com. præd.* Et animadversa ratione idem generaliter dicemus, quisquis locus intercedet, etiam si publicus vicus, aut alia via publica. *L.* 1. *D. de serv. urb. præd.* Ergo etsi erit locus sacer, aut religiosus: ut quo uti in ea servitute non sit necesse, arg. in *L. si prius.* §. *pen.* in fin. *D. de aq. plu. arc.*

VII. Quod si ad servitutis usum necesse erit aliquid in loco intermedio facere: hic proximum est, ut videamus, quid in eo loco liceat, quid non liceat, ut si quidem in eo idem nobis licet, quod in fundo serviente, nihil sit impedimento servituti, si non licet, aut licet non sine interruptione, impediatur servitus. Hinc locorum intermediorum in hoc genere apud veteres distinctio.

VIII. Interest igitur utrum locus intermedius, quo ad servitutem uti oportet, meus

(1) Nec differentia est hic inter servitutes urbanas et rusticas, quasi in his vicinitas prædii dominantis et servientis requiratur, in illis non item, ut Jo. Sup. *ad L.* 3. *h. t. n.* 3. et Volt. *in pr. I. h. n.* 12. *et seq.* nec simpliciter interest prædia intermedia publica sint, an privata, ut fere Coras. *ad L.* 14. *§. ult. h. t. n.* 3. *et* 4. sed in eo consistit, an prædium interjectum impediat venire utilitatem de uno ad aliud. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 18. *n.* 2. Duar. *ad d. L.* 14. *§. ult.*

sit, an alienus, et qui in eadem caussa sunt, locus sacer, religiosus, sanctus, an vero publicus.

IX. Si meus, nihil nocet. Veluti, si fundo tuo duo sint mihi ordine prædia vicina, et velim per tuum jus mihi esse ire agere ad fundum meum ulteriorem, ita ut soli ei servitus debeatur. Recte mihi cedes servitutem, nec impediet meus privatus intermedius, quanvis eamdem servitutem nec habeat, nec debeat. *L. si prius*, §. *pen.* in pr. *D. de aq. plu. arcen.* scilicet cum sit mei juris totus. Per eum quoque meo jure ire agere possum ad meum ulteriorem; atque hoc modo iter a suo cœptum ad ulteriorem illum sine interpellatione continuare.

X. Si locus intermedius erit alienus: quia in eo nihil licet facere invito domino. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vind.* Evenict contra generaliter, ut si in eo quid faciendum erit ad usum servitutis, impediat (2) servitutem: nisi et per eum eadem mihi constituta sit servitus. *L. tria*, in fin. *D. de servit. rustic. præd.* Tales sunt servitutes omnes prædiorum rusticorum. Ideo in his recte ita traditur sine exceptione: *in rusticis prædiis impedit servitutem medium prædium, quod non servit.* L. qui sella, §. ult. *D. de servit. rusticor. præd.* dum medium prædium hic intelligamus, quod non servit quidem, servire tamen nobis potest, idest, alienum, non nostrum. Nam nec nostrum medium nobis servit, cum per tuum fundum superiori fundo meo via cessa est. Nulli enim res sua servit. *L. in re communi*, *D. de servit. urban. præd.* Valet tamen nihilominus servitus, ut supra diximus. *d. L. si prius*, §. *pen. de aq. plu. arc.* Sed et hoc nobis non potest servire. *L. uti.* in pr. *D. si usufr. pet.* Ideo ad definitionem superiorem non pertinet. Tales item servitutes prædiorum urbanorum eæ, in quibus ab unis ædibus in vicinas aliquid immittitur, projicitur; ut tigni immittendi, projiciendi, protegendi, fluminum, et stillicidiorum. Quare et in his ex eadem regula impediet servitutem locus medius privatus, qui non servit. Non enim possunt immissa et projecta ex meis ædibus ad tuas pervenire, ut illæ meis serviant, quin si locus aliquis medius intercedat, eadem illa supra eum locum protendantur, et per eum trajiciantur. Nulli autem in alieno facere quidquam licet invito domino nisi jure servitutis. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si ser. vind.* Quod si non licet in alieno, nec licebit in cœlo, quod supra id solum est, quia cœlum, quod est supra solum, non minus liberum esse debet. *L.* 1. *D. de ser. urb. præd.* Hoc quidem de publico loco scriptum est in *d. L.* 1. hujus interventu impediri superiores servitutes urbanorum prædiorum: hac ipsa ratione, quod cœlum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debeat. Multo igitur citius impedierit easdem servitutes locus privatus intermedius; quia in eo multo minus licet quid facere quam in publico, qui alioqui patet publicis omnium usibus. Eadem caussa loci (3) sacri, religiosi, sancti intermedii, quæ et privati: ut quoniam his uti fas non est, nulla etiam ex superioribus servitus possit imponi *d. L. si prius*, §. *penult.* in fin. *de aq. plu. arcen. L. servitutes prædiorum*, §. *ult. D. de servit.*

XI. Loci publici intermedii diversa a superioribus caussa est. Sunt enim quædam, quæ in publico loco facere non liceat; sunt, quæ liceat jure publico. Et ex his quædam semper, quædam non semper, cum volumus, natura loci publici prohibente. Videndum igitur, quid ex his ad usum servitutis liceat in publico, quid non liceat, et ex eo, quando loco publico intercedente impediatur servitus, aut non impediatur, æstimandum. Ædificare in publico, immittereve quid in eum locum, quod usum publicum impediat, omnino non licet. *L.* 2. in pr. *et* §. *si quis nemine*, *D. ne quid in loc. pub.* Sed nec supra eum locum quidquam positum habere, quo publico noceatur. Nocetur autem, si cœlum quod supra id solum est, non sit liberum. Ideo ut sit liberum, exigitur *d. L.* 1. *D. de serv. urb. præd.* Quare recte dicitur ibidem, si intervenial (4) solum publicum, vel via publica, immittendi, protegendi, projiciendi, item fluminum et stillicidiorum immittendorum servitutes impediri. Nam si quæ immittuntur, projiciuntorve e nostro in alienum, per locum intermedium trajicienda

(2) Si tamen inter meum et tuum fundum, prædium Caii medium, et per viam publicam possit ex tuo in meum iri, recte constituetur servitus, ut post Bart. *in L.* 7. §. *ult. B. P.* Coras. *ad l.* 14. §. *ult. h. t. n.* 5. quia et tunc per fundum Caii nihil fieri necesse est.

(3) Quia loca sacra et religiosa usibus humanis penitus exempta; Publica non item, sed usibus omnium, secundum eorum naturam scilicet inserviunt, Coras. *ad d.* §. *ult. num.* 16.

(4) Nam si inter ædes nostras via intercedat, trabe ex ædibus meis in tuas immissa utique contegetur solum publicum, Coras. *d. loc. n.* 5.

sunt, ut ad locum servientem perveniant, necesse est eadem hæc immitti in locum aut supra locum publicum intermedium. Quod cum jure facere non liceat, hic necesse est impediri usum servitutis, eoque et servitutem, quæ est in usu. At per viam publicam itineraque publica ire, agere, commeare libere cuivis concessum est, omniaque facere, quibus non impeditur usus publicus. *L.* 2. in pr. §. *ait prætor. D. ne quid in loc. publ.* Proinde si erit servitus in eundo agendove; et via publica intercedet, recte constituetur servitus, ut iter, actus, via, aquæ haustus, nec erit via publica impedimento. *L. servitutes prædiorum*, §. *publico*, *D. de servit. L.* 1. *D. de ser. urb. præd.* Non idem concessum in aquæductu, sed constitutum, a principe peti debere, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. *d. L. servitutes*, §. *publico, de serv.* Credo, quia aquæductu facile (5) via corrumpi potest, certe periculum est, ne tempore fatiscat paulatim subsidente terra, aut tabulis.

XII. Sed et flumen publicum licet cuivis trajicere, sive pontem habeat, sive non habeat, et non nisi navibus trajiciatur. Ut enim desint cætera, licet certe cuivis in flumine publico navigare, ut velit. *L.* 1. *D. ut in flum. pub. navig. lic.* Quid ergo, si eædem servitutes constitutæ erunt, iter, actus, via, et flumen publicum intercedet? Jam dixi in loco intermedio non illud tantum spectandum esse, an in totum impediatur usus servitutis, sed etiam an sæpe, ut non liceat eo loco semper uti, cum velimus, etiam secundum ipsius naturam. Id ipsum in flumine accidit. Atque hinc distinctio veterum in hoc genere, ut si quidem flumen pontem habeat, aut vado possit transiri, possit, et flumine publico interveniente, via constitui: sin pontonibus tantum trajiciatur, contra *L. ult. D. de ser. rust. præd. L. si prius*, §. *pen. de aq. plu. arc.* Nempe quia priore casu semper paratus est trajectus intermedii loci, cum semper pons transiri possit, aut vadum; ut hic nihil obstet perpetuo usui itineris aut viæ. Posteriore interrumpitur naturalis facultas servitute utendi, cum libet, aut expedit: quia non semper sunt pontones ad manum, ut per eos liceat trajicere, cum volumus. Nunc autem usum servitutis perpetuum, certe qui natura rerum talis esse possit, quærimus.

XIII. Quod tamen dicitur flumine publico intercedente, quod pontonibus tantum trajiciatur, viam constitui non posse, de eo ita disserit Paulus in *d. L. ult, D. de ser. rust. præd.* ut significet ita verum esse, si flumen interveniat inter meum prædium, cui servitus debetur, et tuum quod servitutem debet. Diversum (6) esse, si interveniat inter prædia plurium dominorum, aut inter plura ejusdem domini: sic deinde mihi per ea prædia tam citeriora, quam ulteriora via constituatur ad meum fundum. Ut puta, constituta est mihi via a meo fundo per tuum fundum usque ad flumen, a flumine rursum per fundum tuum citeriorem usque ad fundum meum. Placet servitutem hic recte constitutam, quanvis flumen trajici tantum possit pontonibus. Nempe quia una est via, quæ per plures fundos imponitur, cum unus sit fundus, cui debetur. Et quia via est una, ideo placet posse me uno tantum fundo, cui recte imposita sit servitus, utendo totam servitutem retinere. *L. una est, D. de serv. rust. præd.* At a meo fundo usque ad flumen per tuum fundum recte servitus imposita est, cum vicino isto fundo tuo semper uti possim cum velim, quia flumen non intercedit. Quare hoc utendo, quod per situm et naturam locorum licet, totam viam retinebo etiam eam, quæ per ulteriorem fundum constituta est. Nec ad rem pertinet, quod ea via, quæ est ad ulteriorem fundum, fluminis interventu interrumpitur. Nam si ea ipsa via per fundum ulteriorem omnino non uterer; tamen per usum citerioris fundi tota mihi retineretur servitus. *d. L. una, de ser. rust. præd.* Quanto retinebitur magis, si ea utar quandoque trajiciendo flumen, tametsi non semper trajicere possim, cum volo?

XIV. Hac ratione etsi inter meum et tuum fundum, lacus perpetuus tuus intercedat, qui sit in fundo tuo, nihil prohibet, quominus mihi per fundum tuum ulteriorem iter aut viam cedas, et per lacum navigandi quoque servitutem imponas, ut ad fundum meum perveniatur. *L. via*, §. 1. *D. de ser. rust. præd.* Nam et hæc una via est, quæ per fundum tuum, et lacum tuum pri-

(5) Adde quod rivum in medio loco publico exstrui necessum esset, ut de tuo in meum fundum aqua ducatur. Coras. *d. n.* 5.

(6) Hæc verior *d. L. ult.* explicatio. Convenit Duar. *ibid.* Aliter Goveau. 1. *Var. Lect.* 36. multifariam *d. L. ult.* corrigens dum pro *alioquin*, *atquin;* pro *sed*, *sedet*, pro *idem juris*, *id juris* reponit; ac in fine legis inter illa verba, *qu omnis inter*, negativam vocuam *non* interjicit.

vatum imponitur; ut quanvis ea uterer per fundum tuum ad lacum usque tantum, tamen tota mihi retineretur. Quo fit, ut multo magis et tum retineam, cum per lacum etiam navigabo, et accedam ad fundum, etiam si per opportunitatem navis non semper liceat trajicere. Quanquam et illud etiam dici potest inter flumen publicum et lacum privatum intermedium hoc interesse, quod in flumine publico non semper pontones aut naviculæ ad trajiciendum paratæ esse possunt: idque natura ipsa rei efficitur. Nam pontones vi fluminis abduci possunt: possunt etiam furto a prætereuntibus, quia flumen patet publice. Utrumque contra in lacu privato, per quem jus navigandi conceditur: ubi naviculæ, quæ ad trajiciendum paratæ sunt, sic habentur, ut neque auferantur a lacu, qui non movetur vi sua, nec periculum sit a furibus in lacu privato et circumsepto.

XV. In his illud monendi sumus, quod scriptum est in *L. in tradendis*, §. 1. *D. com. præd.* sic locum alienum intermedium impedire, exempli gratia, iter, donec is locus non servit: ut tamen servitus convalescat, si medio loco servitus postea imposita fuerit, aut desierit locus servituti obstare: quoniam per plurium prædia servitus imponi etiam diversis temporibus possit. Quod ad loca publica, aut religiosa, item sacra, quæ media sunt, non pertinet. De his enim pacisci in totum non licet, nec eo magis convalescit pactum, si forte loca conditionem mutaverint. *L. inter*, §. *sacram*, *D. de verb. obl.*

C A P. III.

Omnes servitutes prædiorum caussas perpetuas habere debere. Caussæ servitutis, quæ hic vocentur. Quæ ex his perpetuæ, quæ non perpetuæ.

Continuatio. I.
Causa servitutis ambigua: quo sensu accipienda. Duplex illa; et quæ. II. III.
Debet esse perpetua; talis autem nonnisi ex naturali causa. IV.
Interdum et ex hominis facto; et quatenus. V.
Ideo et foramen in pariete proluendi pavimenti causa non est in hoc genere servitutum. Pauli in L. 28. D. de servit. urb. præd. *vera ratio defenditur.* VI.
Item nec aquæductus aliunde quam ex perenni fonte aut scatebra petitus. VII.
An servitus aquæ ex castello ducendæ, aut ex privato flumine tollendæ per totam recte constituatur. Quæ de ea veterum olim opinio. Castellum quid. VIII.
An jus cloacæ et fumi immittendi, et per privatum lacum navigandi perpetuas obtineant servitutis causas; et quomodo. Quid cloaca. IX. X. XI.
Summa hujus et superiorum capitum quo referenda. XII.
Usus perpetuitas in servitute prædii qualis desideratur. XIII.
Conclusio, et methodi ratio. XIV.

I. Ex eadem caussa perpetui usus, quem in servitute prædii quærimus, tertium illud natum, quod veteres statuerunt, omnes servitutes prædiorum (1) perpetuas caussas habere debere. *L. foramen*, *D. de serv. urban. præd.*

II. Caussa servitutis dici potest etiam res omnis, quæ servituti usum præbet, ut sunt

(1) Quam omnes servitutes requirere etiam, et recte, volunt Jo. Superior *ad L.* 14. (ipsi 12.) *pr. h. t.* Coras. *ibid. n.* 3. *et* 4. (ubi Longovall *ad l.* 3. *de Jurisd.* omnes servitutes esse continuas ratione caussæ, et discontinuas ratione possessionis contendentis opinionem refert, a quo ex parte recedit *n.* 5.) Duar. *ad d. L.* 28. *V. P.* Cujac. 11. *Obs.* 3. Diss. vulgo DD. ref. Coras. *d. lo. n.* 1. quos sequitur Cæpolla *de Serv. urb. C.* 19. *n.* 2. *et* 3. tradentes servitutes alias habere caussam continuam sive perpetuam, quæ semper in usu est actu et potentia; ut aquæductus, jus altius non tollendi; alias quasi continuam, quæ semper potentia adest, licet non semper actu; ut Servitus stillicidii. Nam nec hic requiri factum hominis ad usum, licet, uti et in priori specie, requiratur ad constitutionem, et apta est semper usum recipere ex operatione naturæ, sine opera hominis; alias discontinuam, quæ nec potentia semper in usu, sed requirit intermissionem, ob necessarium in ea factum hominis. Ut iter, actus, etc. Sed male confundunt caussam cum possessione, vid. *infra C.* 11. Hot. 4. *Obs.* 2. alias habere continuam possessionem quæ in superficie sunt, alias intermissionem, quæ in solo consistunt.

prædia, quæ servitutem præstant, et recipiunt, item loca intermedia serviluti materiam substernentia. Unde itineris, actus, viæ caussam perpetuam dicere possumus, quia hanc præstant prædia ad servitutem præbendam parata. Hæc autem perpetua. Sed cum ita dicitur, servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debere: apparet his causssa alias quæri, quam prædia, quæ jam satis ante posita erant. Inceptum enim esset dicere, servitutes prædiorum debere habere prædia. Quasi quisquam dubitaturus esset, an si prædiorum servitutes sunt, possint aliquando non habere prædia. Est autem extra prædia caussa servitutis, quæ superiore definitione intelligitur, res omnis quæ servituti occasionem præbet, seu cujus caussa servitus quæsita est.

III. Ea res et caussa duplex, vel cujus arcendæ caussa, quia nostrum prædium onerat; vel cujus habendæ gratia, quia prodest prædio, servitus est constituta. Ut in stillicidio, stillicidii caussa est aqua pluvia, quæ naturalis et perpetua caussa est, in *d. L. foramen. de ser. urb. præd.* quia servitus stillicidii propter hanc aquam comparata est, quo scilicet eam ab ædibus nostris avertamus. In aquæductu, hujus servitutis caussa est hæc ipsa aqua, quæ ducitur, *d. L. foramen. L. 1. §. hoc interdictum, D. de fonte*, nempe quia hujus in nostro habendæ caussa servitus paratur.

IV. Has caussas et similes vult Paulus esse perpetuas in *d. L. foramen.* Ac perpetuam illic definit, quæcumque res est; quæ ex naturali caussa oritur; non solum si sit assidua et perennis, qualis est in aquæductu aqua funtis; quam vivam et perennem, eoque et maxime perpetuam esse constat. *d. L. 1. §. hoc interdictum, D. de fonte.* Sed etsi non assidue oriatur; qualis est in stillicidio aqua pluvia. Quia quod ex cœlo cadit, inquit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen caussa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur. Recte. Spectamus enim hic non quid fiat, sed (2) qui! fieri possit natura. Semper autem et assidue pluere potest Deus, sive id facit, sive non facit. Cæterum quod non fit assidue, si manu fit, negat esse caussam perpetuam. Qualis est ea aqua, quæ ad pavimentum proluendum quotidie injicitur.

V. Sed tamen et quod nascitur ex facto nostro, interdum perpetua caussa habetur, si ejus habendi caussa prædium, aut pars prædii, in qua id habetur, parata est. Ut enim prædium est, ita et eam rem haberi oportet, ad quam prædium destinatur. Prædium autem perpetuum. Hujusmodi res est in camino aut fornace iguis: ex eo igne fumus. Ex quo fumi inde emittendi caussa servitutem nobis constitui placet, quanvis constet ignem in istas res manu inferri. *L. sicut, §. Aristo, D. si ser. vind.* Nempe hic spectamus id, propter quod prædium habetur. Caminus autem et Furnax habentur ad hunc ipsum usum, ut aut ignem perpetuum habeant, aut semper parata sint ad habendum.

VI. Quod si id quod occasionem servituti quærendæ præbet, neque ex naturali caussa est, neque hujusmodi, ut cum manu fiat, prædium propter id sit paratum: non est hæc caussa perpetua servitutis prædii, quamobrem nec ex ea caussa servitus prædii constitui potest. Exempla sunt duo apud Paulum in *d. L. foramen. de ser. urban. præd.* foramen in pariete pavimenti proluendi caussa, et aquæductus aliunde quam ex fonte, aut scaturiente aqua. Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset pavimenti proluendi caussa, ait placuisse neque flumen esse, idest, servitutem fluminis, neque tempore acquiri, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat. At quamobrem? an quod servitus quæ continuam possessionem non habeat, usucapi non potest, ut vulgo acceperunt? Immo inquit, quia perpetuam caussam non habet, quod manu fit. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debent. Quo aperte significat hanc prædii servitutem esse non posse. Quod et prius expresserat, cum flumen esse negavit, ut appareat, quanvis vicinus ultro mihi cesserit jus ejus foraminis habendi, et aquæ, quæ manu injecta sit, per id foramen emittendæ caussa: tamen ejus rei servitutem prædii esse non posse. Poterit quidem esse servitus personæ. Semper enim tenendum est, quidquid dominus in re sua a nobis cogitur, pati, servitutem esse. *L. quoties, 1. in fin. D. de servit.* Itaque si non est prædii, erit personæ ex divisione. *L. 1. de servit.* Sed non erit hæc servitus

(2) Cujac. 11. *Observ.* 3. Caussa perpetua, inquit, non est continua assidua, sed naturalis. Quod enim naturaliter sit, videtur perpetuum, etsi non fiat assidue, Aristot. *Lib. C. poster. anal. C.* 7. propterea quod natura caussa certa et perpetua est. Eorum vero quæ manu nostra fiunt lex nec certa nec perpetua, vid. et Parlador. 1. *Iter. quotid.* 1. §. 8. *n.* 13. *et seq.*

prædii, quæ perpetuam caussam non habet.

VII. Idem accidit in aquæductu, ut si quidem aqua nobis ducitur ex fonte aut ex flumine publico, recte constituatur aquæductus; quia aquam vivam et perpetuam habeat, eoque et perpetuam caussam servitutis. Sin ducatur ex cisterna, ex stagno, ex lacu, ex piscina, quæ vivam aquam non habeant, constitui aquæductus non possit, quia non habent perpetuam caussam. *d. L. foramen. de ser. urb. præd. d. L.* 1. §. *hoc interdictum, de fonte.* Aquæductum accipiemus, qui sit servitus prædii, ut numeratur in usu juris inter servitutes rusticorum prædiorum. Nam ut sit personæ servitus, nihil prohibet ex locis superioribus servitutem nobis constitui in alieno aquæducendæ, ubi dominus in suo hunc aquæductum cogatur pati, ut ante dixi. *L. quoties*, in fin. *D. de servit.* Ita illud relictum in æquæductu, ut nunquam aquæductus servitus prædii possit constitui, nisi ex his locis, quæ aquam vivam et perpetuam haberent, ut ex fonte, aut ex flumine.

VIII. Atque hinc primum nata vetus dubitatio de aqua ex castello ducenda, item de aqua per rotam tollenda vel haurienda ex flumine publico. Ac processit eosque dubitatio, ut nonnulli veterum existimarint non posse harum rerum servitutem constitui. Quod et primo valuit. Sic ergo fuit eorum sententia, aquæductum ex capite tantum constitui posse, ex castello non posse. *L. servitus*, 9. *D. de servit. rustic. præd. L.* 2. *D. com. præd.* utriusque partis hæc ratio. Est enim caput aquæ illud, unde aqua nascitur, ut in fonte fons ipse. *L.* 1. §. *caput, D. de aq. quot.* Quo in loco fontis scaturigo est perennis. Ut nemo dubitet, quin inde recte constituatur servitus. (3) Castellum autem est receptaculum, quod aquam publicam suscipit. *d. L.* 1. §. *ait prætor*, antep. in fin. *de aq. quot.* Hoc autem si per se spectetur, non magis aquam vivam habet, quam cisterna, aut piscina. Unde ambigendi caussa. Sed tandem obtinuit et ex castello, et ex eo receptaculo, in quod aqua ex flumine per rotam sublata esset, aquæductum constitui posse: ut si minus valeret servitus ipso jure, at certe consisteret tuitione prætoris. *d. L. servitus*, 9. *de ser. rust. præd. d. L.* 2. *D. com. præd.* Merito. Non enim hic spectare oportet castellum, quod sane aquam (4) non gignit, nedum perpetuam: sed ipsam aquam, quæ inde ducitur. Hæc autem perpetua est: quia ex fonte, qui est perpetuus. Sic et in ea aqua, quæ ex flumine tollatur conjiciaturque in rivulos, aut alia receptacula, unde et postea constituatur aquæductus, recte visum est originem aquæ spectari debere, non ipsam aquam, quæ educta est ex flumine. Quocumque enim modo educatur primum e flumine, semper verum est a flumine eam duci, dum sine interruptione aqua sublata aut hausta in rivos aquæductus demittatur. Unde et servitutes a prætore tuendas esse placuit, etsi quis forte subtilitate juris putaret eas non valere. Hæc sententia. *d. L.* 2. *D. com. præd.*

IX. Sed jus de caussis servitutum prædiorum, quas exigimus, dubium faciunt species tres, quas convenit esse prædiorum servitutes, non tamen videntur habere eas caussas perpetuas, quas diximus: jus cloacæ in alienum immittendæ; jus sumi immittendi; jus per lacum privatum navigandi. Jus cloacæ immittendæ servitutem prædi esse constat. *L. jus cloacæ. de ser.* Et tamen hæc ipsa cloaca habet id, quod injicitur manu, nempe omnem aquam, quæ domus mundandæ et proluendæ caussa immittitur. Auctore autem Paulo non habet perpetuam caussam, quod manu fit. *d. L. foramen, de ser. urb. præd.* Aut quero, cur hæc sit servitus potius, quam foramen. Quod habetur pavimenti proluendi caussa, quod Paulus superiore ratione fretus negat esse servitutem? Nemhæc ideo, quod et cloaca perpetuam caussam habet: foramen istud non habet. Non enim cloacam accipimus foramen quodvis, quod in pariete culinæ, aut alio loco habeatur ad ejiciendas eas sordes, quæ sint in eo loco, in quem nihil ex cœlo aquæ veniat; sed hoc verbo accipere debemus omnem locum cavum, qui aquam de cœlo cadentem fluentemque admittat, quæ una secum sordes domus et colluviones auferat. Quamquam enim cloaca ita definitur simpliciter ab Ulpiano, locus cavus, per quem colluvies aliqua fluat: *L.* 1. §. *cloaca, D. de cloac.* tamen hoc ipsum idem valet. Neque enim aut colluvies sit, quæ a colluendo, idest, lavando, dicta est, aut col-

(3) Quo aqua per rotam hausta infunditur, Hotom. 1. *Amic.* 16. Sic dictum propter locum circumdatum ad modum castelli, ubi congregatur et unde ducitur aqua, Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 49. *n.* 2.

(4) Vid. Cujac. 3. *Obs.* 28. Hotom. 1. *Amic.* 15. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 9.

luvies fluat, nisi et sordes aqua sint collectæ, quæ et una cum aqua deferantur. Quinimmo ipsa cloaca dicta est a colluendo, quasi colluaca: ut sit cloaca, non in qua homines aqua immissa aliquid fluxum faciant: sed quæ ipsa sua sponte colluat, aqua pluvia, aut alia perpetua in eum locum decurrente. Et ut cloaca alia quoque loca significet: tamen ut sit servitus cloacæ immittendæ, ad eam tantum pertinere existimandum est, quæ aquam de cœlo cadentem admittat.

X. Fumi quoque immittendi servitutem esse placet. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.* Et tamen ut aqua injicitur manu in pavimentum; sic infertur ignis in caminum aut fornacem: unde et fumus. Jam respondi et hic perpetuam caussam servitutis videri. Hic enim spectari non tam ignem, quam ædificium, aut ædificii partem, quæ ad ignem hunc habendum para'a sit. Hanc autem partem esse perpetuam, et ad eum ignem accipiendum paratam perpetuo.

XI. Quod ad jus per (5) lacum privatum navigandi attinet, hanc quoque servitutem, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi posse, traditur in *L. via*, §. 1. *D. de servit. rust. præd.* Atqui lacus aquam non esse caussam servituti perpetuam diximus. Inde enim est, quod placet ex lacu aquæductum non posse constitui. Cujus sententiæ non alia ratio redditur, quam quod lacus, qui vivam aquam non habet, nec habeat perpetuam caussam. *d. L. foramen. de ser. urb. præd. d. L.* 1. §. *hoc interdictum, de fonte.* Sed nun si dicimus lacum in aquæductu perpetuam caussam servitutis non habere, ideo eum ad alias servitutes recipiendas perpetuam caussam habere negamus. Quin ita se res habet, ut pro natura servitutis in lacu constitutæ, alias caussam perpetuam habeat, alias non habeat. Quod in his duabus servitutibus contingit; navigandi jure, et aquæductu, ut bene Accursius sensit in *d* §. 1. *L. via*, *de ser. rust. præd.* Ad navigandum lacus aquam et caussam perpetuam habet: quia non est periculum, ne exhauriatur, aut minuatur navigando lacus: cum navigatio de aqua nihil detrahat. At idem ad aquæductum et aquæ haustum aquam et caussam perpetuam non habet; quia hic contra evenit, ut aquæductu, et longo ac diuturno aquæ haustu lacus imminui, et tandem exsiccari possit.

XII. Congruit igitur per omnia veterum definitio, omnes servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debere: ut sit sententia, præter prædia debere habere perpetuam eam rem omnem, cujus caussa servitus parata est: sive ejus rei arcendæ a nostro, sive ejus in nostro habendæ caussa servitus constituta erit. Quod aperte eo pertinet, sicut et priora duo, ut servitus haberi possit in perpetuo usu prædii: atque ita tribus istis cunjunctis fiat maxime servitus rei propria, cum erit velut in ejus rei et prædii potestate.

XIII. Notandum tamen hic nos usum perpetuum exigere, non qui sit perpetuus re ipsa, sed qui esse possit: nec qui esse possit quovis modo, etiam ex conventione, sed qui talis esse possit rerum, quæ servituti caussam præbent, natura. Ut puta, aquæductus recte ita constituitur, ut mihi liceat tantum æstate aquam ducere, vel liceat tantum certo mense: noctu tantum, vel interdiu. *L. si sic constituta*, *D. quem. servit. amit. L.* 2. *D. de aq. quot. et æst.* In quo apparet conventione hoc effici, ne perpetuo servitute uti possim. Sed nihil ad rem pertinet conventio, dum servitus conditione sua sit ejusmodi, ut secundum naturam rerum, a quibus est servitus, possit esse in perpetuo usu. Unde et perpetuas caussas servitutis, non perpetuum usum a veteribus exigi legimus.

XIV. Sunt ergo hæc caussæ tres servitutis prædii propriæ; eadem certis sententiis veterum et juris civilis constitutæ, ut de his dubitare non liceat. Ex quibus intelligimus, quod initio dixi, si quid hinc desit, ut maxime sit servitus constituta: tamen prædii servitutem non esse. Omnibus autem concurrentibus, tum vere servitutem prædii effici, quæ quidem animo concipi possit, et si forte nondum habeatur. Ut tamen habeatur, etiam hoc restat, ut sit constituta et quæsita. Sed adhuc quid sit, et quæ sit servitus prædii, quærimus. Hac inventa, tum demum postea, quomodo constituatur, dicendum est. De quo in jure ejus habendæ et acquirendæ dicetur. Hæc caussæ cum sint superiore definitione comprehensæ, jam potest intelligi, et quibus ex principiis ducta sit, et quam vera ac recta definitio.

(5) Vid. Gœd. *ad L.* 112. *de V. S. n.* 3. *et* 4.

CAP. IV.

De servitutibus urbanorum prædiorum. Quid referat eas distingui a servitutibus prædiorum rusticorum. Urbana prædia, quæ. Quæ servitutes dicantur esse horum prædiorum. Harum servitutum pro utilitate varia, quæ in his quæritur, genera summa esse tria. Aut enim parari ædium nostrarum dilatandarum caussa; aut utilitatum interiorum domus retinendarum; aut ædium in alienum exonerandarum gratia. Ac de primo genere: cujus hæ sunt species quatuor; jus Tigni immittendi, Projiciendi, Protegendi, Oneris ferendi. Et quid horum unumquodque.

I. Etsi autem ita est definitio servitutis prædiorum, ut dixi: nondum tamen inde satis liquido constitui potest, unaquaque specie servitutis proposita, sitne servitus prædii, necne. Id certius efficiet servitutum hujus generis divisio: quæ nos tanquam in res ipsas præsentes deducere poterit. Quamquam et alias utilitates hæc divisio habet, quas mox subjiciam. Quare quod restat ad certitudinem hujus partis, genera ipsa ac singulorum species cognoscendæ sunt. Genera sunt duo, tractata diversis titulis in Pandectis. Quædam sunt urbanorum prædiorum servitutes, quædam rusticorum, ac singulorum generum suæ species.

II. Divisio tres ad res utilis, vel potius necessaria. In quibus illud primum, quod supra posui, ut certo norimus, quæ sint, et quot sint servitutes prædiorum. Etsi enim, ut cœpi dicere, definitione servitutis cognita, et adjunctis iis, quæ sunt propria servitutis prædiorum, judicari potest, quæ sit servitus hujus generis: multa tamen adhuc et magna incertitudo hic relinquitur. Nam definitio ut generalis, obscurior esse solet sine exemplis. Ut autem exemplis tantum utamur, etsi multis: semper tamen multæ sunt species, de quibus dubitetur, an sint hujus generis, et an recte ad eas accommodari possit definitio superior. Divisione autem proposita, primum singulæ species velut cominus et certo tanquam inspiciendæ proponentur, ut jam non possit dubitari, quin hæ, quæ designantur, sint prædii servitutes. Et præterea certum fit præter eas nullas alias requirendas esse, nisi similes. Deinde singulis propositis, agnoscitur uniuscujusque (1) usus atque utilitas. Qua cognitione hoc assequemur, ut vel studeamus easdem servitutes et commoditates prædiis nostris comparare: vel si quando comparatas jam habebimus, sciamus quid sit in his, ac quomodo pro natura servitutum conserventur et retineantur. Postremo necessaria est cognitio horum generum ad explicationem ejus juris, quod constitutum est de his tempore amittendis. Aliter enim prædiorum urbanorum servitutes non utendo amittuntur, aliter rusticorum. *L. hæc autem, D. de servit. urb. præd.*

III. Sed prima utilitas divisionis hæc, ut certum fiat, quæ sint omnino servitutes prædii, quod ad notionem hujus generis etiam nunc quærimus. Redeo igitur ad di-

(1) Qui diversus; in urbanis continuus, in rusticis fere interruptus. Rusticæ omnes consistunt in patiendo; Urbanæ etiam in non faciendo; ait Vult. *ad Pr. J. h. t. n.* 19.

visionem. Prædia urbana in usu juris sic accipiuntur, ut intelligantur (2) ædificia omnia, non solum quæ sunt in urbe, sed etiam quæ sunt ruri, etiam si non in vico, sed (3) in villa ædificata sint. *L. urbana prædia, D. de verbor, significat.* §. *prædiorum. Institut, de servit.* Ex quo per contrarium licet intelligere, rustica prædia dici loca omnia ædificiis vacua. Cujusmodi sunt in urbe area, ruri ager. *L. fundi, D. de verb. signific.* Aliter Neratius rustica prædia usurpat in *L. 2. D. de servit. rustic.* qui quæ sunt ædificiorum servitutes, eas rusticorum prædiorum vocat, si ædificia sint ruri, ut altius tollendi et officiendi prætorio vicini; cloacæ habendæ per vicini domum; protegendi. Sed nihil hic contrarium priori sententiæ. Aliud est enim, si quis suo arbitratu loqui vult, et verba hæc usurpare: aliud, si quæritur, quomodo hæc accipiantur in usu juris, et earum legum, quæ his verbis utuntur. Si quis ex suo arbitrio loqui vult, constat ei ratio, si ædes ruri positas vocet rusticas, eoque et prædia rustica. Sunt enim vere prædia; et quia ruri sunt, non male vocentur rustica. Quidni? Nam et ædificia, quæ sunt ruri, recte ædificia rustica nominantur. *d. L. fundi. de verb. significat.* Licuerit ergo Neratio ex hoc sensu et prædia rustica nominare, etsi sint ædificia. At si interpretari volemus in jure, cum appellantur ista in lege, quæ hic accipienda sint ex sententia legis prædia urbana, quæ rustica: redibimus ad superiorem significationem, eamque tenebimus, ut juri de his constituto solam convenientem. Idque maxime intelligitur in servitutibus urbanorum, et rusticorum prædiorum, cum de earum libertatis usucapione jus constituitur: ubi ejus juris ratio plane ad ædifi-

(2) *L. 1. Comm. præd.*] Quod tamen Cæpolla *de Ser. urb. C.* 11. *n.* 2. accipit de ædificiis, quæ habitandi caussa parantur, non quæ fructuum percipiendorum gratia, Vult. *in pr. I. h. t. n.* 14. *et seq. et I. Jurispr.* 63. *n.* 45. Prædia Icti non ex loco, sed usu æstimant. Urbana igitur quæ usus urbani, id est habitandi caussa exstructa, rustica quæ usui rustico, colligendis, asservendisque fructibus. Hot in §. 1. *I. h.* t. statuit ædificia usum rusticum præbentia, rustica esse prædia, ubicunque sint, etsi in urbe, et ideo recte dici, quod stabula sine dubio non sint urbana *d. L.* 4. §. 1. *In quib. caus. pign.* Servitutum aliam esse rationem. Urbanas esse servitutes quæ quibuscunque ædificiis, quemcunque usum præbentibus debentur. Ac vel abnormem esse Neratii opinionem, vel librarii peccatum *in L.* 2. *R. P.* Quem notat Alb. Gent. 4. *Lect. et Ep.* 4. volens aliam atque alia atque alia ratione servitutem alio atque alio nomine censeri. Ex loco qui servitutem debet rusticam vocari posse, quæ eadem ex loco, cui debetur, urbana sit. Itemque ex se ipsa posse servitutem esse urbanam vel rusticam. Ex. gr. Iter mihi per tuas ædes in meum agrum constitutum. Hæc servitus ratione servientis prædii urbana *L.* 14. *comm. præd.* ratione dominantis rustica, itemque rustica ex se. Contra accidit conversa hoc exemplo. Aquæductus per domum ratione domus urbana servitus *L.* 11. §. 1. *de publ. in rem.* ex se rustica. Quare in *L.* 2. *R. P.* rusticæ dicuntur illic relatæ servitutes non ex loco serviente, sed cui servitur. Ita Gentilis. Sed summo in servitutibus habetur ratio ejus cui debetur, indeque nomen sortiuntur *supra C.* 1. *initio, et Lib.* 9. *C. ult. N.* 3. Et rusticæ servitutes possunt interdum fieri urbanæ, ut si mihi liceat per ædes tuas ad meas ire. *d. L.* 14. *L.* 20. §. 1. *V. P.* Si aquæ ducti per tuam domum in meam traducere, *d. L.* 11. §. 1. Omne enim id æstimandum ex prædio cui debetur. Hot. 8. *Obs.* 12. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 18. qui tamen contra Hotomannum non contra urbanas posse fieri rusticas. Sane in exemplis *d. L.* 2. evidens est utrinque esse ædificia, et quæ debent servitutem et quibus debetur. Nec igitur vel admissa illa Gentilis opinio difficultatem expedit.

(3) Sed Goed. *ad d. L.* 198. *n.* 1. *et* 2. verba *sed materia*, non interpretatur de materia ex qua, sed de qualitate, seu fine et usu, ut explicat *L.* 16. *C. de præd. min. non al.* Quæ igitur urbanum usum præbent inhabitandi, recreandi, mercaturæ, etc. urbana, quæ rustico usui destinata ædificia, fructuum collectioni, agrorum culturæ, pecoris receptioni rustica, in quo cons. Cæpolla et Vult. ut *Nat. prær.* Bro. 1. *Ass.* 95. *et* Arumæ. *ex Just.* 5. *Th.* 3. Selle M. Lycl. *Lib.* 2. *Mem. Eclog.* 8. materiam exponit in *d. L.* 198. non ex qua ædificium compactum, quasi alia ligna et lapides sint extruendis rusticis prædiis necessarii, sed materia, inquit, significat res quas continet prædium. Quæ si tales ut urbano more morentur et habitent, ut homines, urbana opera et opificia, merces, urbanum prædium; rusticum vero ei res, quibus continendis paratum, promovendis rebus rusticis inserviunt; Ut servi aratores, fruges, earumque collectores, instrumenta rei rusticæ. Omnia igitur urbana prædia sunt ædificia, sive in urbe sint, sive in agro. Non contra omnia omnino ædificia sunt prædia urbana (ut vult noster). Neque id probat *d. L.* 1. *comm. præd.* aut ea Ulpiani mens, quod omnia et sola prædia urbana vocentur ædificia, sed hæc, quæ ædificia vocarentur urbana prædia, ob qualitatem scilicet suam ac res quas recipiunt, ea talia quoque esse etsi in villa sint. Quo facit verbum *possunt* in *d. L.* 1. Possunt constitui servitutes, urbanæ scilicet, si ædificia quæ in villa, habeant usum urbanum. Alias erunt servitutes rusticæ *d. L.* 2. *R. P.* Ita Lyclama. Quæ valde placent.

cium, et id solum pertinet, ut cognoscere est ex *L. hæc autem. D. de servit. urban. præd.* De quo scripsi plura in libro de pignoribus in ea parte, in qua de invectis et illatis in prædia urbana agitur. *Cap.* 4.

IV. Urbanorum ergo prædiorum servitutes sunt, quæ ædificiis inhærent, ut est in *§. prædiorum, Inst. de servit.* Ædificiis sic accipe, non quæ debent servitutem, sed quibus debetur, et quorum gratia servitus constituta est. Illud enim generaliter tenendum est, quod diximus in divisione servitutis, in omni servitute et personæ, et prædii, cum alicujus esse dicitur semper appellationem ex re esse, cui debetur servitus, non quæ debet servitutem. Unde personæ servitus, quæ debetur personæ, et prædii, quæ debetur prædio. *L. si quis unas*, 32. *D. de usufr. L. unus, D. de ser. urb. præd.*

V. Servitutes hujus generis numero complures, nec minus re distinctæ inter se, sed quibus ad suas caussas revocatis, nihil negotii erit et genera earum certa, et in his singularum rationem atque usum, atque etiam numerum certum animadvertere. Servitutis caussa est utilitas, quæ ex servitute quæritur. Ut ergo utilitas has servitutes peperit; ita et distinguit. Utilitas autem, cujus caussa parantur hæ servitutes, genere triplex est. Ex quo servitutum urbanorum prædiorum genera tria, et singulorum species ad rationem generis accomodatæ. Quædam sunt comparatæ dilatandorum ædium nostrarum caussa ita, ut dilatatio provehatur in alienum. Quædam commoditatum interiorum domus vel habendarum, vel retinendarum caussa adversus vicinum, qui sine servitute eas commoditates in suo impedire potuerit. Quædam ædium nostrarum exonerandarum caussa ita, ut onera rejiciantur in alienum.

VI. Dilatandarum ædium caussa comparatæ sunt, quibus id agitur, ut tignum ex pariete nostro emittatur supra alienum solum, aut locum; ut deinde emisso aliquid imponamus, ut ædificium, pergulam, deambulacrum, aut ex eo aliquid suspendamus. Hujus generis species sunt quatuor, jus Tigni immittendi, Projiciendi, Protegendi, Oneris ferendi. Ex quibus tres priores commemorantur in *L.* 1. et 2. *D. de servitut. urbanor. præd.* quarta in *L. etsi*, *§. etiam* *D. si servit. vindic.*

VII. Tigni immittendi jus est, quo id agitur, ut ex pariete nostro liceat nobis tignum immittere in parietem vicini. *§. prædiorum, Institut. de servit.* Recte ex nostro pariete in alienum, seu ex nostro ædificio in aliud. Nam ut liceat mihi supra parietem, aut ædificium vicini aliquid positum habere, quod meum maneat, neque a meo proliciscatur, frustra cavetur, nec servitus ejus rei caussa constitui potest. *L. hoc quod, D. de servit. urbanor. prædior.* Ut enim significatur in dicta *L. hoc quod*, frustra tignum immissum habemus, si id nostrum non est, ut eo uti possimus ad aliquid ei imponendum, et ædes nostras hoc modo dilatandas. At supra id quod alieno parieti impositum est, ædificium superius habere non possumus: quia quidquid supra alienum parietem ædificatur, parieti ac solo cedit, et proprium fit vicini, cujus est paries. *L. si supra, D. de acquir. rer. dom. L.* 2. *C. de rei vindic.* Tignum est materia omnis, ex qua ædificia fiunt, sive sit lignum, sive (4) lapides. *L. tigni, D. de verbor. significat.* *§. cum in suo, Institution. de servit.* Nec quisquam hanc significationem in lapidibus huic servituti non convenire existimet. Res enim docet non minus lapides longos e pariete nostro in vicinum parietem trajici posse, quam ligna et trabes. Sed et concamerationes ab uno pariete in alium quotidie fiunt, in quibus nihil ligni aut trabibus opus est. Immittere est, tignum e pariete nostro ita emittere in alienum parietem aut locum, ut ibi requiescat, *L. malum, §.* 1. *D. de verb. significat.*

VIII. Projiciendi jus, similiter projiciendi alicujus tigni jus intelligitur; ut sit id, quo licet nobis ex nostro aliquid projicere in ædes vicini. *§. æque, Inst. de servit.* Est autem projicere tignum, emittere quidem e nostro pariete itidem ut illud, quod immittitur; sed ita emittere, ut provehatur tantum supra alienum, nusquam in alieno (5) requiescat, sed tantum in pariete nostro, unde exiit. Qualia sunt mœniana et

(4) Diss. post Zas. *in Par. V. P. n.* 15. Gœdd. *ad d. L* 64. *n.* 3. putans in servitute hac tignum pro trabibus accipi per *L.* 8. *§.* 1. *Si ser. vind. L. ult. §.* 2. *Quod vi aut clam.* Quæ quomodo hoc probent non video. Vid. de hac servitute Cæpolla *de Serv. urb. C.* 30. Coras. 3. *Misc. ult.*

(5) Ut non sustineatur in alieno, sed quasi suspensum ædificio meo cohæreat. Gœdd. *ad d. L.* 24. *§.* 1. *n.* 1. Sic *in L.* 17. *pr. si serv. vin.* venter ille parietis dicitur projectus, qui ita in alienum procumbit, ut in eo tamen nullibi considat. Male autem DD. et Cæpolla *de Serv. urb. C.* 32. hanc servitutem intelligunt quando jus est ex ædibus meis in alienas vel aream vicini aquam, fimum vel urinam abjicere, quos reprehendit Coras. 3. *Misc. ult. n.* 8. et 9.

suggrundæ. *L. malum*, §. 1. *de verbor. significat.*

IX. Protegendi jus est, jus protectum, supra alienum solum habendi. *L.* 2. *D. de ser. rust. præd.* Et semper a projecto distinguitur in *d. L.* 1. *L.* 2. *de servit. urbanor. prædior.* Merito: Hoc enim inter projectum et protectum interest, quod inter genus et speciem. Nam projectum est, quod emittitur extra parietem nostrum, ut nusquam alibi conquiescat, sive tegendi parietis caussa fiat, sive ædificii alicujus supra id projectum imponendi. Ut plurimum autem quod imponendi ædificii caussa substruitur, ut mœniana et suggrundæ, *d. L. malum*, §. 1. *de verbor. significat.* Protectum autem projecti species, cum tigna emittuntur e nostro in alienum, sed tegendi tantum caussa, ut compositio verbi satis indicat. Quomodo protectum a suggrunda distinguitur in edicto de his, qui dejecerunt vel effuderunt. *L.* 5. §. *prætor ait*, *ne. D. de his qui dejec. vel effuder.* Est igitur protegere, aut tectum ædium nostrarum extra parietem nostrum educere ita, ut provehatur in alienum; aut parieti nostro ita efficere tabulatum et tegumentum protuberans, ut similiter in alienum protendatur. Protecto utimur vel ad prohibendum nimium solem a luminibus nostris, vel ad arcendas injurias imbrium et tempestatum a parietibus, ne corrumpantur. Ex quo intelligitur, quam recte sentiant, qui projiciendi et protegendi servitutem irrisis cæteris contra sentientibus (6) unam et eamdem esse putant.

X. Oneris (7) ferendi servitus cum servitute tigni immittendi hoc prius commune habet, quod in hac quoque id agitur, ut nobis jus sit ex pariete nostro tignum immittere in parietem vicini, cujus immissi unus vicinus sustineat, unde et ferendi nomen. §. *prædiorum*, *Inst. de ser. d. L. etsi*, §. *etiam D. de servit. vindic.* Hoc distat, quod in hac servitute hoc amplius id agitur, ut paries vicini oneri ferendo perpetuo habeatur. Quo continetur, ut et vicinus ita eum habere, eoque etsi paries corruerit, aut ruinam minetur, restituere eum et reficere debeat, ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Quo nomine et cum eo confessoria actione de servitute, ut reficiat, agi posse placet *d. L. etsi*, §. *etiam*, *si ser. vind. L. eam debere*, *D. de serv. urb. præd.*

XI. In quo observandum est, posteriorem hanc partem, ut vicinus cogatur parietem suum, qui sit oneri ferendo, receptam esse adversus naturam servitutum; quæ non ea est, ut quid in suo faciat quis, sed ut patiatur, aut non faciat aliquid. *L. quoties*, in fi. *de servit.* Qua ratione et Gallu videbatur non posse ita servitus imponi, ut vicinus parietem reficere cogeretur, ut refertur in *d. L. etsi*, §. *etiam*, *si ser. vind.* Sed ibidem adjicitur prævaluisse Servii sententiam in proposita specie, ut possit quis defendere sibi jus esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Recte in hac specie, non alibi: quia ut dixi in definitione servitutis, et necessitas servitutis hanc refectionem domini postularet, et per consequentiam servitutis impositæ id cavetur, non principaliter: Non est novum, ut quadam principaliter fieri non possint, quæ cum rei principali recte constitutæ accesserint, consistant. Ut Romanis locus sacer et religiosus vendi non potuit. Si tamen fundus privatus principaliter venderetur, in quo esset aliquid sacri aut religiosi, placuit id emptioni majoris partis accedere. *L. in modicis*, *D. de contrah. empt.*

XII. Recte vero superiores species dicuntur prædiorum jura, et item servitutes. Jura quidem nobis sunt sine dubitatione, quia in his nobis jus est aliquid faciendi commodi nostri caussa. Et rursum servitutes, quia ita sunt jura, ut quod in his nobis licet, liceat non jure rei nostræ, sed jure servitutis a vicino debitæ, sine qua hæc nobis jura non essent. Meminesse enim debemus, quod aliquoties jam diximus, non licere nobis in alienum quidquam immittere sive id in alieno solo aut ædificio requiescat sive supra alienum solum suspensum habeatur. Licetque vicinis nobiscum ita agere: nobis jus non esse ita immissum quid, aut suspensum habere. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vindicet.* Unde illud: cum solum alienum est, etiam cœlum supra id solum liberum esse debere. *L.* 1. *D. de servit. urbano. prædior.* Quo jure posito, sequitur, ut si quis contra jus libertatis suæ cogatur ista parti in suo, huic sit imposita servitus. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de servit.*

(6) Coras. 3. *Misc. ult. n.* 13. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 32. qui secernit eam quidem a Projiciendi servitute, sed inde quia illam falso accipit de jure effundendi vel abjiciendi Idem autem illi tribuit, quod noster servitutem Projiciendi.

(7) De qua Cæpolla *de Serv. urb. C.* 37. et quid differat a servitute tigni immittendi *Cap.* 58.

C A P. V.

De secundo et tertio genere servitutum prædiorum urbanorum, in quibus sunt servitutes, illic, quæ commoditatum interiorum domus habendarum, retinendarumve; hic, quæ ædium exonerandarum caussa quæruntur. Secundi generis species esse has quatuor: Jus Luminum, Prospectus, Altius tollendi ædes, Onerum ab ædibus avertendorum. Tertii species has tres: Jus Cloacæ immittendæ, Fumi immittendi, Stillicidia et flumina nostra in alienum avertendi. Et quæ sit harum specierum unaquæque, quidve ea contineatur.

Servitutes urbanorum prædiorum secundi generis quæ. Species earum quadruplex. I.

1. *Altius non tollendi, ne luminibus officiatur. Cur hæc una, non duplex.* II.

Hæc eadem et servitus luminum dicitur, seu lumina *aut* lumen *uno verbo: et quare.* III.

Exponitur L. luminum 4. D. de serv. præd. urban. IV.

Accursii interpretatio illaudata partim, partim improbata. V.

Duareni interpretatio laudatur, et modeste refellitur. VI. VII. VIII.

Illustratur species. L. 40. D. de servit. præd. urban. IX.

Summa juris de habendo in pariete nostro lumine adversus Duarenum expositi. X.

Conclusio. XI.

2. *Ne prospectui nostro officiatur.* *Quid hæc servitus vi et significatione contineat; et quomodo conveniat, aut differat a superiore.* XII.

3. *Altius tollendi. Paullo obscurior servitus. Non una dubitandi ratio. Quolis illa sit, explicatur diligentius.* XIII. XIV. XV.

Altius tollendi, et officiendi luminibus, vel areæ vicini una non duplex servitus. XVI.

4. *Stillicidii non avertendi in ædes nostras. Et hæc aliquanto difficilis servitus; et quomodo ab Auctore explicatur.* XVII.

Servitutes urbanorum prædiorum tertii generis quid sint: quatenus jura aut servitutes utrique prædio comparatæ dicantur. XVIII.

Triplex harum species et quæ. Quid flumen, quid stillicidium. XIX.

I. Secundi generis servitutes prædiorum urbanorum sunt, quæ sunt comparatæ commoditatum interiorum domus vel habendarum, vel si jam habentur retinendarum caussa adversus eum, qui eas alioqui impedire potuerit. Cujusmodi commoditates sunt, lumen, prospectus, ædium altius tollendarum, avertendorum onerum libertatis nostræ retinendæ caussa. Hinc hujus generis species item quatuor: Altius non tollendi, ne officiatur luminibus ædium nostrarum, quæ eadem est, ne luminibus officiatur, et quam eamdem esse puto, quæ dicitur servitus luminum: Prospectus, seu ne prospectui nostro officiatur, Jus altius tollendi ædes, et officiendi luminibus vicini; Stillicidii non avertendi in nostras ædes, seu ne stillicidium vicini recipere cogamur.

II. Prima species altius non tollendi, seu ne quid altius tollatur; quæ commemoratur in *L. 2. et L. ædificia, D. de servitut. urbanor. prædior.* Ea est, quæ ita imponitur, ne liceat vicino altius ædes suas, vel quam aliam structuram tollere, ne luminibus nostris officiat. Sic explicatur in §. *prædiorum*, in fin. *Inst. de servit.* Itaque hic non sunt duæ servitutes; una, ne vicinus altius quid tollat; altera ne luminibus nostris officiat: sed (1) una constans his partibus, ne quid vicinus altius tollat, ne luminibus nostris officiat.

(1) Consentit Cujac. 17. *Observ.* 35. ut qui alterum obtinuit ne vicinus altius tollat et hoc adeptus videatur ne luminibus officiat ac contra, et Brouch. 2. *Assert.* 5. Contra, et ni fallor, verius, Hotom. 2. *Amicab.* 4. Ant. Fab. 19. *Conject.* 15. quod multo plus insit servituti ne luminibus officiatur, ubi quacumque ratione non licet minuere lumina, quod et aliquando fieri potest deprimendo ædes *L.* 17. §. 2. *h. t.* (de quo Cujac. 23. *Obs.* 20.) Qui debet servitutem altius non tollendi, viridaria supra eam altitudinem habere potest *L.* 12. *h. t.* qui alteram debet, nequit *L.* 17. *h.* 1. (tametsi ad hoc resp. Bron. *d. loc.* distinguat inter viridaria *d. L.* 12. id est loca herbis, ac plantis consita, et arborum positionem *d. L.* 17.) Et facit vocula *maxime d. L.* 4. Nec sequi-

Et recte. Nam ut vicinus altius ædes suas non tollat nullius commodi nostri caussa, inutiliter caveatur, similiter ut si mihi cesserit jus sibi non esse per suum fundum ire, aut ibi consistere. *L. quoties*, 1. in princ. *D. de servit.* Ut autem nobis utile sit vicinum ædes suas altius non tollere, non ad aliam rem usui esse potest, quam ne luminibus nostris aut prospectui officiatur. Hæc eadem est servitus, quæ ex posteriore parte sola dicitur servitus, ne luminibus officiatur. Esse enim unam, quæ ita vocetur, constat. *L.* 4. *L. inter*, *L. si servitus*, *D. de ser. urban. præd.* Idque ipsum res per se indicat. Non enim quisquam luminibus nostris officere potest, nisi quid altius tollendo.

III. Hanc (2) eamdem esse puto, quæ dicitur servitus luminum, seu luminis, et uno verbo lumina, et lumen. Quod tamen an ita sit, quoniam dubium facit Paulus in *L.* 4. *D. de servit. urb. præd.* haud abs re erit de eo certius aliquid constituere, et ostendere in universum quid cuique in luminibus ædium suarum adversus vicinum liceat, quid non liceat. Non difficile vero est et ex usu veterum et ex definitione harum rerum ab illis tradita intelligere, hanc illis unam et eamdem servitutem fuisse, ne luminibus nostris officiatur, et servitutem luminum. Tantum hoc interesse, quod illic plena oratione res exprimitur, hic uno verbo vocatur lumina seu lumen, ut intelligatur servitus, quæ est de luminibus nostris. Similiter ut illi servitutem ne prospectui officiatur, appellant uno verbo prospectum, quia est de prospectu. *d, L. inter*, *L. lumen*, *seq. de servitut. urban. præd.* Sic usus est Ulpiani in *d. L. inter*, ubi cum proposuisset differe has servitutes, ne luminibus officiatur, et ne prospectus offendatur: id sigillatim explicans, et singulas species appellans, quam prius dixerat, ne prospectus offendatur, vocat *prospectum*; et illam, ne luminibus officiatur, vocat similiter uno verbo *lumina*. Subjicit enim, in luminibus autem hoc observatur, ne lumina cujusquam obscuriora fiant. Nam quod adjicitur in Pandectis Florentinis, in luminibus autem non officere, pro in servitute luminibus non officiendi, aperte vitiosum est: cum ratio latini sermonis non patiatur, ut dicamus (3) in non officere, pro in non officiendo. Quamquam ne sic quidem satis exprimeretur hæc servitus. Pomponius in *L. si servitus*, *D. eod.* inter his cautiones; *Lumina quæ nunc sunt, ut ita sint; et ne luminibus officiatur*, hoc solum interesse scribit, quod priore cavetur tantum de præsentibus luminibus, ne his officiatur: posteriore de luminibus præsentibus et futuris. Ambæ igitur in eo, ne luminibus officiatur. Nemo autem negaverit priorem illam, quæ aperte verbis lumina retinet, esse et debere appellari servitutem luminum. Paulus ipse in *d. L. lumen*, *eod.* lumen et prospectum, ita distinguit, ut prius ab Ulpiano distinctæ erant hæ servitutes, ne luminibus nostris officiatur, et, ne prospectus offendatur: et lumini idem tribuit, quod tribuitur illi, ne luminibus officiatur; prospectui idem quod illi ne prospectus offendatur. Eædem ergo sunt hæ servitutes, quibus re et jure idem tribuit. Sed et ex verbo prospectus facile potest intelligi, quid vocet lumen. Nam si prospectus est servitus, ne prospectui officiatur: analogia et comparatio duorum istorum inter se facit, ut lumen intelligi debeat servitus, ne lumini officiatur. Congruit ejus ipsius definitio in eadem *L. lumen*. Ait enim lumen esse, ut cœlum videatur. Atqui ut cœlum sine interpellatione vicini videamus, aliter consequi non possumus, quam si vicinus luminibus nostris non officiat, id est, non impediat nobis lumen, quod ex cœlo venit.

IV. Sed adversatur; certe rem dubiam fa-

tur. Qui luminibus officere nequit, is nec altius tollere *d. L.* 4. quod per hoc obscurarentur lumina. Ergo et vicissim quia una prohibitio est generalis, altera specialis. Vid. Cor *ad L.* 1. *de serv. n.* 27. *et* 9. *seqq.*

(2) Ita et Bron. 2. *As.* 5. Andr. Gerhard. *ex Just. Decade* 5. *Q.* 2. Diss. diversimode Cujac. 1. *Obs.* 4. Hut. 2. *Amic.* 4. Rob. 4. *Sent.* 7. Qui luminum debet servitutem, inquit hic, tenetur ita excipere fenestram, aliamve aperturam lucis intromittendæ caussa, in pariete versus ædes fieri patiatur, e quibus cœlum conspici, lux excipi possit *L.* 16. *h. t.* Qui vero servitutem debet ne luminibus officiatur, non cogitur pati immitti fenestram novam, aperturamve aliam fieri, sed ne quid faciat quo lumina jam immissa obscurentur *l.* 3. *L.* 15. *h. t.* Et ita plus tribuit servituti luminum, contra quam DD. vulgo et Cæpolla *de Serv. urb. C.* 35. *n.* 1. qui volunt luminum servitute imposita permitti altiorem extructionem, per quam fenestræ plures ædificii dominantis obstruantur, modo una relinquatur, ex qua satis lucis ad necessitatem haberi possit. Quod reprobat Corasius alio modo hæc distinguens ad *L.* 1. *de serv. n.* 24. *et seq.* Diss. et A. Fab. 19. *Conject.* 15. *pag. m.* 55. Plenius de his servitutibus Cæpolla *d. C.* 35. *et seq.*

(5) Sed phrasis non ita absurda, quæ vel per archaismum vel per levem ellipsin subauditam salvari potest. Similesque legendo passim occurrunt, immo duriores quædam, de quibus Briss. *in Parerg.*

cit ejusdem Pauli locus in *L. 4. D. eod.* ibi definit primum, quid contineatur servitute luminum: deinde subjicit, per adversativam, quid contineatur servitute ne luminibus officiatur. *Cum autem servitus imponitur*, inquit, *ne luminibus officiatur.* Quæ plane distinctio et adversativa declarat hic res diversas ab eo statui. Ego autem de sententia ejus loci sic habendum puto. Concedo duo diversa a Paulo illic explicari: quod adversativa inter ea interveniente aliter fieri non potest. Sed verba ab illo et conceptiones diversas explicari ajo; rem autem utrobique esse eamdem. Et hoc satis innuere in utraque conceptione Pauli definitiones: vel potius huc spectare, ut id declarent. Quæ si idem continent, non potest, quin probent rem eamdem utraque appellatione contineri. Et conceptio quidem ejus servitutis, quam vocat luminum, propric ea fuisse videtur, quæ proponitur in *L. si servitus. D. de servitut. urban. præd.* his verbis, lumina, quæ nunc sunt, quæve postea futura sunt, ut ita sint, itaque habeantur. Recte ex hac conceptione servitus luminum dicta, quia verbis ipsis servitus de luminibus habendis nominatim constituta est. Hanc autem conceptionem et servitutem constat verbis differre ab illa, ne luminibus officiatur. Quærebatur igitur, quid utraque ista servitute, id est, utraque ista servitutis conceptione et formula, contineretur. Id Paulus, ut dixi, explicat eo loco. Ait ergo, *luminum servitute const tuta*, id est, ita constituta de luminibus habendis ut supra diximus, *id acquisitum videri, ut vicinus lumina nostra excipiat.* His verbis significari dico hac servitute id acquisitum, ne vicinus lumina nostra impediat, seu ne luminibus nostris officiat. Ut enim dicitur vicinus stillicidium nostrum recipere, seu excipere in ædes suas, cum non avertit, nec impedit, quominus stillicidium in ædes ejus recte cadat. *L. prædiorum. Institutionib. de servit. L. servitutes, §. si servitus, et §. ultim. D. de servitutib. urbanor. prædior.* ita eadem analogia recte dicitur vicinus excipere seu recipere lumina nostra, cum hæc admittit, cum in suo quoque consistere patitur: denique cum nihil facit in suo, quominus lumina nostra, *uti sunt, ita sint.* Quid autem illa servitute constituta, ne luminibus officiatur? *Hoc maxime adepti videmur*, inquit, *ne jus sit vicino invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina ædificiorum nostrorum.* Dixit maxime, quia hoc quidem acquisitum præcipue est, ne vicinus ædificando obscuret lumina ædium nostrarum: sed nihilominus et hoc generaliter continetur, ne quo alio opere suo id faciat. *L. inter, D. de servit. urban. prædior.* Atqui prior illa luminum idem continebat. Ex quo jam intelligi debet, et illa contineri idem, ne scilicet luminibus nostris eodem modo officiatur, et quæ verbis distinguebatur ab hac posteriore, re eamdem vim et significationem habere.

V. Qua sententia posita non laborabimus cum Accorsio et cæteris hunc secutis, qui ex parte fatetur quod dixi, nempe utraque servitute contineri, ne luminibus officiatur: sed non admittunt eodem modo, ut differentiam quam inter istas servitutes statui putant, retineant. Hinc quomodo in eo differant, quærunt: quod ipsum neque explicant, neque expedire possunt, et quidem efficiant aliquid, quod verbis Pauli conveniat.

VI. Duarenus (4) *Lib. 1. disp. cap. 33.* servitutem luminum, et definitionem superiorem Pauli de ea aliter accepit, et ita interpretatur, ut servitus luminum sit servitus luminum nostrorum in alienum immittendorum, qua scilicet efficiatur, ut liceat nobis, aperto pariete nostro, fenestras in eo positas habere luminis excipiendi caussa. Hanc ideo servitutem recte dici, quia putet nulli licere pariete suo aperto ita fenestras in eo habere, ex quibus in alienum prospiciat invito domino. Et hoc posterios probari recte putat in *L. eos, pe-*

(4) *Et* Cujac. *Obs.* 31. scribens hanc servitutem vocari fenestram, a Cajo. 2. *Inst.* 1. §. 5. Sed verior opinio nostri, quæ et vulgaris, vid. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 62. *n.* 1. Gomez *ad L. Tauri* 46. *n.* 7. (ubi hoc procedere putat etsi per tempus memoria hominum antiquum nulla ibi fuisset fenestra, modo vicinus non ante prohibuerit, et ex illa prohibitione 10. vel 20. anni præterierint. Tunc enim quæsita servitus fenestræ non patiendæ, qualis et constitui potest. Cæpolla *d. loc. n.* 2.) et probant Hot 2. *Amic.* 32. ac Char. 1. *Veris.* 5. Certe, Harmenop. *Lib.* 2. *Promptuarii T.* 4. *p.* 131. *et seq.* curiosos ac invidos vocat, qui prohibere nituntur, ne vicino in ædes suas pateat aspectus. Nec enim legibus caveri, nec ex veterum ædificiorum ratione colligi, quod veteres hanc injuriam putarint. Nec obstat locus Caii qui per fenestras significat servitutem luminum, cui conjunctum est jus fenestræ immittendæ et habendæ, sed ita ne vicino, ædificando aliave ratione eam obstruere liceat, nisi malis intelligere jus fenestræ parieti non meo, sed vicini aut utriusque communi immittendi, arg. *L.* 8. *C. de serv.* quomodo et servitutem luminum non improbabiliter accipit Henniog. Wegner. *Disput. Inst.* 5. *in Auctuario.*

nult. D. de servit. urb. præd. ubi negantur ii, qui jus immittendi luminis non habuerunt, pariete aperto ullo jure fenestras immittere. Consequens item esse illi sententiæ generali, qua placet ita licere cuique in re sua quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vindic.* Hic enim immitti quid in alienum a nobis, nempe oculos, et juxta sententiam Xenocratis nihil referre, oculosne, an pedes in alienum inferamus. Quod de jure si vere dicitur, nihil putem in verbis hac interpretatione dici posse convenientius, neque magis recipiendum. Paulus ait, *luminum servitute constituta, hoc acquisitum videri, ut vicinus lumina nostra excipiat.* Plane ergo ut nobis jus sit lumina immittendi. Sunt enim relata inter se immittere lumina et excipere. Nos immittimus; vicinus excipit. Immittimus, ut ille excipiat: ille ideo excipit, quia immisimus. Paulus præterea servitutes has distinguit, luminum, et ne luminibus officiatur. Nihil potest ad hanc distinctionem retinendam superiore sententia reperiri aptius: ubi ex servitute luminum id agitur, ut fenestras in nostro habeamus ad lumen recipiendum; nulla necessitate vicino imposita in suo non ædificandi aut quid aliud non faciendi, ne luminibus nostris officiat: ex servitute autem ne luminibus officiatur utrumque hoc agitur, primum ut fenestras habeamus in nostro: deinde ut has ipsas ita habeamus, ut nec vicino quidquam liceat in suo facere, quo lumina nostra obscurentur. Convenientia ergo verbis omnia in hac interpretatione. Sed de jure videndum, rectene dicatur, neminem posse invito vicino fenestras apertas habere in suo pariete. Mihi sane non videtur. Quod cum in re ipsa, ac non ad significationem verborum tantum intersit, utrum dicamus, et res ad hunc locum, in quo de jure luminum nostrorum agitur, pertineat: faciendum fuit omnino hoc loco, ut de eo propter superiorem sententiam amplius cognosceremus; ut si tam vera est, quam probabilis sequamur. Sin minus, ne temere ab ea dissensisse videamur.

VII. Ego autem dubitandum non puto, quin jus sit unicuique pariete suo aperto fenestras in eum immittere etiam invito vicino. Licet quidem vicino jure suo ex adverso tollere ædes suas, parietem, aut tabulatum, et quidvis erigere in suo, quo lumen et prospectum iis fenestris præcludat. *L. cum eo*, *D. de servit. urbano. prædior.* Sed non licet ei cum eo, qui fenestras in suo aperuit, ita agere, jus ei non esse ita fenestras habere; petere, ut fenestras suas occludat. Nec longe hujus sententiæ probatio petenda est. In promptu est ex sententia superiore, qua placet unumquemque quidvis in suo facere, dum in alienum nihil immittat. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si servit. vindic.* Qui in pariete suo fenestras aperit, is in suo opus facit, nec propterea quidquam immittit in alienum. Jure igitur suo id facit, nec quominus faciat, prohiberi potest ex superiore sententia. Nihil ad rem pertinet, quod fenestræ et prospectatio in alienum vicino sunt molestæ. Non enim hic spectamus, quid vicino molestum sit, vel incommodum, aut non sit; sed hoc solum an aliquid in alienum immittatur. Si nihil immittitur, licet in suo quidvis facere etiam cum incommodo vicinorum. Ut puta, licet in suo ædificare quam altissime, etiamsi in totum obscurentur vicini ædes. *d. L. cum eo*, *de ser. urb. præd.* Atenim qui fenestras aperit in suo, immittit aliquid in alienum. Immittit enim oculos. Sed figurate dicimur immittere oculos in alienum, cum in alienum prospicimus, ut et conjicere oculos in aliquem, cum in eum respicimus. Oculi positi pro aspectu, qui est ex oculis. Re autem vera nihil hic immittitur, ac nec (5) oculi quidem: cum qui respicit e suo, nihilominus semper oculos domi, atque adeo in capite suo retineat. Quod etsi natura satis intelligitur; tamen ne quid hic sit dubitationis de jure, quasi hic aspectus jure pro immissione haberi debeat, sumantur exempli loco publica loca, item sacra et religiosa. Certum est in ea nihil cuiquam immittere licere. *L.* 2. in pr. §. *locorum*, *D. ne quid in loc. pub. L.* 1. *D. ne quid in loc. sac.* Et tamen licet omnibus civibus fenestras habere apertas in publicum, in cœmeteria, et cætera

(5) Idque eo magis quod visio non emissione radiorum, ut Plato *in Timæo* Galen. *Lib.* 7. *de Plac. Phil.* et *Lib.* 10. *de Usu Part.* Lactant. *Lib. de Opif. Dei C.* 8. Macrob. 7. *Saturnal.* 14. voluere, quorum opinio dudum explosa, sed receptione specierum fiat. Aristot. *Lib.* 2. *de Anima* tex. 67. *et* 74. *et C.* 12. *tex.* 121. *et Lib.* 3. *C.* 1. 2. 3. *et Lib. de sensu et Sensili C.* 2. Zab. *Lib.* 2. *de Visu C.* 4. et *passim* Scal. *ex.* 325. *Sect.* 5. Fern. *Lib.* 6. *Physiol. C.* 10. Conimbric. *in* 2. *Arist. de Anima Q.* 5. Andr. Laur. *Lib.* 4. *Hist. Anatom. C.* 15. *et Lib.* 11. *Q.* 1.

loca religiosa, et sacra. Ergo qui respicit in hæc loca, non ideo intelligitur quidquam in ea immittere.

VIII. Non rejicio sententiam Xenocratis, nihil interesse, utrum oculos, an pedes in alienum immittamus. Sed sensit Xenocrates de eo, quod honeste fit, non de eo, quod necesse est jure facere. Est enim superius illud dictum adversus curiosos, qui in res alienas, et nihil ad se pertinentes inquirunt curiosius contra officium humanitatis. Et in eam sententiam utitur superiore dicto Plutarchus in libr. περὶ πολυπραγμοσύνης. Atque ita res habet: honeste facimus atque humaniter, si in alienum non prospectemus, etiam ubi maxime liceat, ne vicinum offendamus, neve ei molesti simus. Sed si facere volumus ex nostro fenestris in nostro pariete apertis, nullum jus vetat, nec ulla alia prohibendi ratio est, quam ut vicinus opere facto in suo luminibus nostris obstet. Quid, quod fenestras in nostro ita apertas habere possumus, ut sint tantum luminis accipiendi caussa, ex his autem prospectare in alienum non possimus? Ut, si sint fenestræ editiores, ad quas sine scalis perveniri non potest: si sint occlusæ vitro spissiore, aut materia pellucida quidem, attamen aspectum non transmittente, ut papyro. Sed sive hæ fenestræ sint, sive eæ, ex quibus prospectus in alienum sit facilis et liber: semper verum est his in nostro pariete apertis non ideo quidquam in alienum immitti, atque hac ratione etiam in nostro jure positas haberi.

IX. Sed objicitur *L. eos. pen. de ser. urb. præd.* quo loco præcipue motus est Duarenus, neque id improbabiliter. Illic ita scriptum est; *eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi.* Quibus verbis aperte significatur eos, qui in pariete fenestras aperiunt, non statim habere jus immittendi luminis, et præterea non posse in eum parietem fenestras immittere. Sed observandum est locum scriptum esse de sociis, qui pariete communem aperuerunt, ut apparet ex illis verbis, aperto (6) pariete communi. Quod de iis sociis dicitur, qui jus aperiendi parietis communis, et luminis in eum immittendi non habent, id ad dominum totius parietis non pertinet. Certi juris est socios non posse facere quidquam in re communi invitis cæteris, ac ne uno quidem invito. *L. Sabinus, D. com. divid. L. an unus, D. si ser. vind.* Usque adeo, ut parietem communem alterutri vicinorum demoliendi, et eum reficiendi jus non sit. *L. parietem, D. de ser. urb. præd.* Multo igitur minus parietis communis aperiendi jus erit, et in eo fenestras constituendi, ubi isto modo paries fit debilior ad onera ædium ferenda. At non addidit Paulus socios aliquos immisisse fenestras invitis aliis. Non addidit nominatim: sed satis indicavit, cum dixit eos immisisse fenestras, qui jus immittendi luminis non habuerunt. Quinam enim illi sunt in re communi? Non utique omnes, qui communi consensu parietem aperiunt, qui in solidum parietis domini non sunt. Alioqui nihil necesse erat de pariete communi aperto respondere; cum sufficere de quovis privato generaliter ita definire, dominum in pariete suo immittendi luminis jus non habere invito vicino, et ideo qui ita jus luminis immittendi non habuit, nullo jure fenestras immittere. Sed ii in pariete communi hoc jus non habent, qui sine consensu cæterorum id faciunt, quia soli non sunt domini. *d. L. parietem, de ser. urb. præd. d. L. an unus, si ser. vind.* Id cum ita sit: non debet, ut dixi, quod de quibusdam sociis in re communi dicitur, id ad unum dominum, cujus solius est paries, transferri. Unus dominus si in suo pariete quidvis facere potest, atque adeo si potest totum demoliri: sine dubio multo magis in aliqua parte parietem aperire potest, et fenestras in eum immittere.

X. Summa igitur hæc erit de jure habendi luminis in nostris ædibus. Licet nobis et sine ulla servitute nobis a vicino concessa fenestras et lumina in nostro pariete aperta habere. Sed non licet ita habere, quin

(6) Recte. Nisi in eo esset decisionis ratio, quorsum de pariete communi responderetur, quod obtineret in quovis. Sed Cujac. 1. *Obs.* 31. *d. L.* 40. emendans, pro *communi* legendum vult *cæco*, quia et Harmenop. τυφλὸν τοῖχον vertat, et Virg. 5. *Aen.* parietes cæcos vocat, fenestris carentes. Largior hoc. Nam et noctem cæcam et cæcum morbum, cæcosque animi recessus legimus, Goel. *Li.* 2. *Contr. Gram. Exerc.* 67. Num ideo usitata scriptura, nihil absurdi continens mutanda. Superfluum certe epithetom esset cæci. Et quid si paries non cæcus, sed aliquas fenestras habens, forte in publicum vel alterius aream tendentes, num ideo diversum obtinebit in eo, alia ex parte, qua prospici possit in vicini aream, aperiendo. Denique, ut Hot. *2. Amic.* 31. Si paries plurium communis, certum est ab uno aperiri non posse *L.* 8. *L.* 26. *h. t.* magisque si totus alienus. Quod si totus meus, quid dubii quin aperire possim, quem totum jure possum evertere?

ex adverso jus sit vicino, qui aspectum in suas ædes metuat, obstruere luminibus nostris quovis ædificio aut operis juxta parietem nostrum erecto. Quamobrem fenestrarum ita habendarum caussa servitutem ab illo impetrare non cogimur. At necesse est impetrare, ne luminibus nostris officiatur, si quidem lumina nostra sine periculo obstructionis ejus ita haberi volumus. Unde nusquam legimus servitutem immittendi fenestras in parietem nostrum: at servitutem ne luminibus officiatur passim legimus. Certissimo argumento, fenestras jure nostro haberi in nostro posse: at ut lumina immissa ita sint, ut immisimus, juris nostri non esse, nisi servitute luminum constituta.

XI. Hæc servitus quibuscumque verbis imponatur, genere ipso una et eadem est: sed conceptio verborum, quibus exprimi solet, triplex. Nam alias ita plene imponitur, ne jus sit vicino altius quid tollere, ne luminibus nostris officiatur. §. *prædiorum. Instit. de servit.* alias ita simpliciter præcipua parte expressa, ne luminibus officiatur. *L. inter, L. si servitus, D. de ser. urb. præd.* Interdum his verbis, lumina quæ nunc sunt, aut postea futura sunt, ut ita sint, ita habeantur. *d. L. si servitus, de servit. urb. præd.* quæ proprie dicta esse videtur a veteribus servitus luminum, quia ut dixi, de luminibus retinendis nominatim concepta est.

XII. Secunda species hujus generis est, ne prospectui nostro officiatur. Quæ et uno (7) verbo dicitur prospectus. *L.* 3. *L. inter, L. lumen, seq. D. de servit. urb. præd.* Hac servitute continetur, ne quid vicinus fariat in suo, quominus liceat nobis ex iis locis, unde nobis prospectus est, quam longissime ac liberrime aspicere quaquaversum et superiora et inferiora. *L. inter, de ser. urb. præd.* Id enim prospicere significat. Sic dictum quasi procul et longe aspicere omnia, quæ aspectui subjici possunt. Ideo inter superiorem servitutem, ne luminibus officiatur, et prospectum hoc interest, quod duplo plus continet prospectus, quam lumen. Nam luminis servitute constituta hoc solum continetur, ut cœlum videre liceat, quia lumen tantum a cœlo est; unde nec ex inferiore loco esse potest. Prospectus est etiam ex inferioribus locis. Hoc in *L. lumen, de servit. urbanor. præd.* Sententia est; servitute luminis id agitur, ut superiora tantum videantur, a quibus et lumen. Prospectu; ut liceat aspicere et superiora et inferiora; illa ad lumen, hæc ad gratiorem prospectum et liberum. *d. L. inter, de servit. urbanor. prædior.* Adversus quæ si facere nihil oportet, nempe hoc consequens est, eum qui servitutem debet, ne luminibus officiatur, quidvis ponere posse in suo e regione parietis et fenestrarum nostrarum, modo ne impediat, quominus lumen e cœlo ad nos veniat, sed dum ne lumina nostra obscuriora fiant. Qui autem debet servitutem ne prospectui officiat, huic non licere quidquam ne inferioribus quidem locis positum habere, quod impediat, ne liberum sit nobis ea aspicere, quæ eo opere non posito aspicere licuisset, *d. L. inter, de servit. urban. præd.* usque adeo, ut nec viridaria liceat vicino in suo habere, si prospectui obstatura sint. *L. ædificia, D. de servitut. urbanor. præd.* Utrique servituti cum altera hoc commune, quod etiam in servitute luminum, si est aliquid, quo lumina nostra impediantur, obscuriora fiant, placet id omne non minus hic inhiberi. *d. L. inter, D. eod.* Proinde non tantum si vicinus tollat ædes suas altius, sed etsi parietem, aut tabulatum, aut struem lignorum, vel molem lapidum opponat luminibus, atque adeo vel arborem. *L. si arborem, D. de servit. urb. præd.* Et hinc est, ut paulo ante dixi, quod Paulus in *d. L.* 4. *eod.* cum diceret servitute luminum imposita hoc adeptos nos videri, ne jus sit vicino invitis nobis altius ædificare, atque ita imminuere lumina ædificiorum nostrorum; addidit maxime ita videri. Hoc enim voluit intelligi, maxime ædificium altius prohiberi, sed non solum. Nam prohiberi et cætera, quæ dixi, quæ valent ad luminis impedimentum.

(7) Quam unam esse servitutem etiam Rob. 4. *Sent.* 7. *per L.* 12. *et L.* 15. *h. t.* et esse jus quo licet in patientia loca libere prospicere, ut servientis prædii domino non liceat quidquam agere quo impediat. Diss. Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 33. *et seq.* Coras. *ad L.* 1. *de serv. n.* 37. *et seqq.* Interdum et prospectui officere non licet nulla constituta servitute, ut prospectui maris e domo intra 100. pedes, *Nov.* 63. Rob. *d. loc.* Recte vero Joseph. Castalio. *Decade* 7. *Obs. in Criticos C.* 6. refellit eos (quid enim quidam comminisci non audent) qui apud Romanos luminum tantum caussa fenestras parietibus inditas fuisse censent, non in prospiciendi usum ex illo

Horatii 3. *Od.* 7.

. . . . *nec in vias*
Sub cantu querulæ despice tibiæ etc.

aliisque pluribus locis.

XIII. Tertia species hujus generis est jus altius tollendi et officiendi luminibus vicini. Commemoratur hæc species servitutis compluribus locis, ut dubitari non oporteat, quin veteribus vere hæc fuerit servitus. Exstat in *L.* 2. *L.* 1. *D. de serv. urban. præd. L.* 2. *D. de servit. rust. præd. L. in tradendis*, §. 1. *D. comm. præd.* et *in* §. *æque. Instit. de act.* Sed hoc attulit magnam difficultatem omnibus, quod hoc jus dicitur servitus. De quo etsi copiose scripsimus ad *d.* §. *aeque, de act.* tamen cum hic maxime cognoscendi locus sit, ubi de servitute ipsa ex professo, non ut illic præcipue de actione confessoria et negatoria agitur: non inutile duxi, huic loco satisfacientem, de eadem re, quod satis sit, etiam hoc loco scribere, non ut iisdem verbis eadem inculcemus odiose: sed ut aliis verbis, et alio ductu conemur, si quid adhuc in hac re obscuri relinquebatur, id, luce illata, clarius, et dilucidius facere.

XIV. Hinc ergo hujus partis difficultas. Sane enim nobis jus est altius ædes nostras tollere, invito vicino, ac de eo nemo dubitat, ex illa regula perpetua, licere unicuique in suo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *d. L. sicut*, §. *Aristo. si servit. vindic.* Sed licet hoc nobis (8) jure rei nostræ, et jure publica. *d.* §. *Aristo.* et quidem ita, ut ad ipsum liceat, quanvis offecturi simus luminibus vicini. *L. cum eo*, *D. de ser. urb. praed. L. altius. C. de servit.* Libertatis ergo jure, quo ædes nostræ ad eam rem liberæ sunt. Proinde non servitutis. Pugnant enim hæc inter se libertas, et servitus. Ejusque rei hæc argumenta sunt non dubia. Servitus est, cum aut non possumus aliquid facere in nostro, aut alium aliquid facientem pati cogimur secus quam jure publico cogebamur, neque aliter est natura servitutis. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de servit.* At jus altius tollendi ædes ita est, ut nobis quidem jus sit, quibus maxime licet hoc in nostro facere: vicino autem ejusmodi, ut neque is propterea cogatur quidquam pati in suo a nobis, cum in ejus solum aut ædes nihil im-

(8) Res hæc difficilis admodum expeditur, in qua multum variant, at se torquent interpretes. Sane absona est eorum acceptio, qui hac servitute id agi sentiunt, ut vicinus compellatur ædes suas altius tollere, ne in meas pateat prospectus, et ut officiat ac obstruat lumina mea, quando id mihi expedit, at obscuritas magis quam lumen conducit, ut in tabernis mercatorum, vid. Zas. *in Parv. V. P. n.* 6. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 26. Cumque validissime obsistat regula *L.* 15. §. 1. *de serv.* Resp. Zas. esse hos casus speciales, regulæ exemptos. Quod plane improbabile. Nostro fere consentiunt Duar. *ad L.* 1. *et* 2. *h. t.* Charond. 1. *Veris.* 15. Coras. 3. *Misc.* 24 ubi tamen taxat eos, qui hanc servitutem tunc admittunt, quando consuetudine val statuto coarctata ædificandi libertas. Et ad formam ædificiorum lege publica præscripta hæc referens restringit id, nisi ea utilitatis publicæ gratia præscripta. Sed hanc solutionem plane rejicit Cisn. *in Interp. L.* 15. *de op. no. nunc. pag.* 56. *et seqq.* 1.° quia si lege vel consuetudine statutus modus ædificiorum, magis propter ornatum civitatis, quam singulorum commoditatem. Et ita ultra extollere non licet, nec ferente aut concedente vicino, nec servitus talis constitui potest in fraudem legum publicarum. 2.° Si maxime ea consuetudo inducta in gratiam vicinorum, nec tunc tamen jus extollendi, neglecta ea forma, permissu vicini servitus erit, sed libertas, remissa servitute lege imposita, restituta, quomodo fere et Walther. 1. *Misc.* 4. Vult autem Cisner. *d. lo. p.* 49. *et seqq.* actionem negatoriam et confessoriam ex formula affirmativa vel negativa discerni debere. Ideo, in *d.* §. 2. *I. de act.* Confessoriam actionem esse si quis agat jus sibi esse altius tollendi, licet eo ipso non servitutem sibi, sed libertatem asserat ac vindicet. Sed sic non satisfit legibus Digestorum. Licet enim hæc jura vocentur *L.* 2. *h. t.* incommode tamen dicunt quidam non ideo esse servitutes, sed jura libertatis in prædiis. Nam et vocantur servitutes *L.* 1. *h. t.* *L.* 2. *ff. P.* Alii tum his servitutibus locum dant, quando prius servitus non tollendi, etc. constituta, eaque deinde remissa, ac contraria servitus imposita. Vid. Cujac. *in not. prior. et post. I. h. t.* Pac. 3. *Q.* 56. Vult. *ad pr. I. h. t. n.* 19 *et* 1. *Discept.* 5. ubi tamen inter servitutis prioris remissionem et contrariæ servitutis cessionem distinguit. Turamin. *Epist. acad.* 22. hujusmodi speciem ponit. Domus divisa inter duos; A partis inferioris, et B partis superioris dominum. B altius tollere jure libertatis nequit; et quia non est dominus soli, et quia servitus oneris ferendi sic imponeretur A. Potest autem jure servitutis si illud A ipsi pacto vel stipulatione cesserit. At ego talem speciem nec somniasse ICt. putaverim. Aliter Perl. 1. *Rer. Quotid.* 15. et aliter A. Fab. 19. *Conject.* 15. qui servitutem hanc non acquiri nisi in consequentiam libertatis receptæ, nec recipi usucapione libertatem quin simul contraria servitus acquiratur. Quod valde ab omnium opinione abnorme est. Siculi et id quod *eod. Cap.* vult, eum, qui jure libertatis altius tollit, non adstringi ad servandam ædificiorum formam, sed eum qui jure servitutis. Atque ita minus tribuit illi, quem cum libertate ædium recepta simul novam servitutem acquisivisse contendit, quam qui libertate quidem rei suæ fruitur, sine jure tamen servitutis in re aliena. Quid tandem intentatum innovandi licentia relinquet?

mittamus; nec quid non facere, cum liberum sit ei nihilominus fenestras in suo aperire, ut libet. Quare nihil hic est servitutis. Licet et hoc modo idem colligere. Non est servitus imposita vicino, nisi cum ille jus suum deminuit, nostrum auxit. *l. de pupillo, §. et belle D. de op. nov. nunt.* At ut liceat nobis ædes nostras altius tollere invito vicino, neque is prohibere possit: in eo vicinus neque jus suum imminuit, cum jure publico nullum ejusmodi prohibendi jus prius habuerit: neque nostrum auxit, cum id non ab illo accipiamus, sed a jure publico. Nulla ergo in eo vicini servitus. Item, quod fit jure servitutis, tale est: ut facere non possimus, nisi vicinus ejus rei servitutem admiserit. imposuerit. *d. L. sicut, §. Aristo, si ser. vind.* Possumus autem ædes nostras altius tollere invito vicino, quanvis servitute ejus rei ab eo non impetrata. *d. L. cum eo, de ser. urb. præd. L. altius. C. de servit.* Non ergo jus altius tollendi ædes nostras ullo modo est servitus.

XV. Et ita res habet, ut hoc jus nonnunquam sit juris publici et libertatis nostræ jus: interdum servitus. Cujus rei djiudicatio pendet eo eo, quid jure publico nobis liceat in nostro facere ædificando, aut non liceat. Nam si nulla lex nominatim vetat, ne ædificemus in nostro: sine dubio ædificandi jus publicum est; eoque non servitus, quam a vicinu concedi oporteat, ex regula videlicet naturæ, qua li et in suo quidvis jure suo facere. Verum interdum jure publico prohibemur ædificare. Quandocumque et quacumque in specie id lege cavebitur. toties eveniet, ut si postea nobis licebit invito vicino ædes altius tollere, tum hoc jus sit servitus, quia nunquam licebit, nisi vicino concedente, ut se invito nobis jus sit ita ædificare. Duobus autem temporibus altius ædes nostras tollere jure publico prohibemur. Atque hinc servitus altius tollendi utrique tempori conveniens. Alias forma publica ædificiorum prohibet, alias areæ vicinæ usus ad terendum et ventilandum frumentum comparatæ. De jure ædificandi ex forma antiquorum ædificiorum ita definit Ulpianus in *L. qui luminibus, D. de servit, urbanor.* prædior. *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra eorum commodum volet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.* Qua ex definitione intelligimus, quod dicitur unicuique jus esse ædes suas, quæ non serviant, altius tollere invito vicino. *d. L. cum eo. d. L. altius.* ita temperandum esse, dum in eo nihil a nobis fiat contra formam et statum antiquorum ædificiorum. Ut ergo erit hic status; ita jus altius tollendi non erit, aut erit servitus. Ut plurimum fit, ut nulla certa forma et altitudo ædificiorum definita sit lege civitatis. Hoc statu urbis, licet cuivis civi quam altissime tollere ædes suas, etiamsi obscuret alienas. Non enim prohibetur forma antiqua ædificiorum, cum hæc forma nulla præstituta sit. Interdum contra, lege civitatis certa forma et altitudo præscripta est ædificiis, supra quam altius ædes tollere non liceat. Quod Romæ factum fuisse temporibus Augusti, et posteriorum Imperatorum ex historiis didicimus. Auctor Tacitus *lib.* 15. *Annal.* Argumenta hujus status certa in *L.* 1. *C. de servit. L.* 1. *C. de ædific. privat.* ad quem statum allusit Ulpianus in *d. L. qui luminibus.* Et hunc ille vocat statum antiquorum ædificiorum, ut et Imperatores alibi formam veterem, ut in *L.* 1. *C. de servitutib.* alibi modum (9) usitatum altitudinis, ut in *d. L.* 1. *C. de ædific. priv.* qui jam olim ab Augusto ad ipsorum tempora certa forma constituta perseveraverat. Hoc statu constituto, supra eam altitudinem ædificare non licet invito vicino. At ab eo recte impetratur, ut nobis jus sit etiam supra eam altitudinem ædes nostras tollere. Quo concesso jam incipit jus altius tollendi nobis esse jus, vicino servitus. Recte servitus. Hic enim incipit vicinus pati aliquid in suo, quod prius non cogebatur pati jure publico. Atque hoc pati, servitus. *d. L. quoties,* in fin. *de servit.* Hoc primus procul sensit Joan. Faber ad *§. æque. Inst. de act.* Non hæsitanter docuit Baro ad *eumdem §. et ad Tit. de servit.* sententia quam vera sit, ex iis quæ dixi, intelligi potest. Et ad hunc quidem statum solum referri debet servitus altius tollendi, cujus mentio est in scriptis veterum. Nondum enim alia lex obstabat juri ædificandi quid in suo. Post secutum est aliud tempus constitutione quadam Justiniani, quo cœpit idem non licere. Is in *L. ult. §. ult. C. de servit.* vetat, ne quis ædificet in suo ex ad-

(9) De quo Briss. 1. *Antiq.* 1. Ræv. 3. *Conject.* 12. P. Fab. *ad L.* 61. *de R. I.* ubi rationem hujus reddit, ne disparitas vicinorum ædificiorum oculis intuentium ingrata sit; tum neve grandi altitudine liberior aer, solisque ac diei fulgor arceatur. Add. Lips. *Lib.* 3. *de Magnitud. Rom. c.* 4.

verso ejus areæ vicini, in qua frumentum teritur et ventilatur, si eo ædificio impediatur ventus ad purgationem frumenti necessarius. Bono publico ab eo constitutum propter necessarium frumenti usum inter homines. Post quam constitutionem cœpit existere tempus illud, cum in hac specie (10) jus altius tollendi esset servitus. Nam si dominus areæ nobis cesserit, ut nihilominus nobis ædificare jus esset: incipit hoc jus esse servitus. Nobis jus, qui tollere possumus: vicino servitus, qui cogitur pati adversus commodum suum, quod prius jure pati non cogebatur.

XVI. Notandum est, unam hic servitutem esse hanc, altius tollendi ædes nostras, et officiendi luminibus, vel areæ vicini, uti duo hæc conjunguntur in *L.* 2. *D. de ser. urb. præd.* non autem duas servitutes, ut quidam putant. Non enim in servitute exigitur hoc solum, ut jus nostrum augeatur altius tollendo, sed in primis etiam, ut vicini minuatur. *L. de pupillo*, §. *et belle*, *D. de op. no nunt.* Id autem ita fiet in jure altius tollendi, si ita nobis liceat altius ædificare, ut simul vicino officiatur.

XVII. Quarta species hujus generis secundi, ne jus sit vicino avertere stillicidium ædium suarum in nostras ædes, seu ne stillicidium ejus recipere cogamur. Commemoratur in *d. L.* 2. *D. de ser. urb. præd.* et §. (11) *prædiorum, Instit. de servit.* Sed habet hæc species eamdem dubitationem, quam superior; ut nobis quidem jus sit non recipere stillicidia vicini, seu prohibere, ne ea in nostrum immittat: at non possit dici competere jure servitutis, quod nobis conceditur jure publico. Nemo enim quidquam immittere potest in meum me invito, et si quis immittit, prohibere possum jure rei meæ et publico. Jure ergo libertatis rei meæ, non jure servitutis. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.* In quo eadem argumenta sunt, quæ supra. Non est servitus, ubi quis in suo nihil cogitur a nobis pati, aut in suo non facere. *d. L. quoties*, in fin. *de servit.* At ne recipiam stillicidium vicini in meas ædes, nihil vicinus cogitur pati a nobis in suo, quoniam in ejus locum nihil immittimus, sed ipse immittit. Non prohibetur etiam facere quid in suo, qui stillicidium in suo habere potest, et quidvis in suo facere ejus stillicidii amovendi caussa. Nulla igitur hic vicino servitus. Item cum is in hac specie neque jus suum sibi imminuat, quod nullum fuit; neque meum ageat, quod aliunde habeo, quam ipsius opera: non potest hoc jus meum dici servitus. *d. L. de pupillo*, §. *et belle*, *de op. no. nunt.* Item, quod nobis licet jure servitutis, id non licet nisi a vicino imposita servitute. *d. L. sicut*, §. *Aristo. si ser. vind.* At nihil hic necesse est, nobis concedi a vicino, ne stillicidium ejus recipere cogamur; quia a jure communi id habemos, ne cogamur, dum prohibere possumus, ne quid in nostrum immittat. *d.* §. *Aristo.* Quare jus hoc nostrum, ne stillicidia vicini cogamur recipere, servitutis jus non est, seu non est servitus. Dicendum hic idem, quod supra. Quandiu lege civitatis non est hic recessum a regula naturæ, et ea libertate rerum nostrarum, quam esse diximus, ne quis quid in nostrum immittat nobis invitis, idest, quandiu non est constitutum, ut vicini in civitate cogantur recipere stillicidia vicinorum suorum: tandiu nobis jus est stillicidia vicini in ædes nostras non admittere jure communi, eoque et nulla servitute a vicino constituta. Quo rerum statu non potest hoc jus dici aut esse servitus. Quod si constitutio ædificiorum civitatis ita erit, ut lege civitatis liceat unicuique stillicidia ædium suarum universa habere in alienum: tum non licet nobis jure publico stillicidia vicini non recipere. Quo fit, ut hoc statu si velimus id licere, necesse sit a vicino impetrari. Quo concesso, tum jus stillicidii in ædes nostras non avertendi erit illi vere servitus, quia incipiat cogi pati id stillicidium, quod prius jure publico pati non cogebatur.

XVIII. Tertium genus servitutum urbanorum prædiorum diximus esse earum, quæ comparatæ sunt ædium nostrarum exoue-

(10) Vid. Hotom. 8. *Obs.* 20. Et in *d.* §. *ult.* speciem hujus servitutis ponit Vitat 2. *Var. Lect.* 7. *n.* 6. An *d. L. ult.* §. *ult.* extendenda sit, etc. vid. Jo. Vinc. Hondede. *Vol.* 1. *Cons.* 81. *n.* 20. *et seqq.*

(11) Juxta vulgarem lect. ubi *d.* §. *t.* adjecta verba *vel non recipiat*, quæ uti in Hal. ita et in Goth. editione omissa. Sed omittenda non esse docet Rob. 2. *Rec. Lect.* 23. qui de hac servitute sic sentit. Si post constitutam stillicidii avertendi servitutem, ea simpliciter remissa: prædium libertati tantum redditur, nec qui dominus antea, nunc debitor novæ servitutis. Si vero ea remissa, simul mihi jus constitueris, quo te prohibeam ne stillicidium immittas; servitus nova, cujus effectus ut actione te cogere possim, ut tectum tuum reficias ne stillicidium in prædium meum derivetur, arg. *L.* 6. §. 2. *si serv. vind.*

randarum caussa. Hujusmodi onera in ædibus nostris fere tria: sordes et colluvies ædium: fumus qui emittitur ex fornace aut camino: stillicidia et flumina. Hæc si exonerare commode non possumus nisi in alienum, et vicinus nobis concesserit in suum exonerare, fiunt ea jura, quæ habent istarum rerum servitutes. Jura nobis, qui illa possumus, servitutes vicino, qui cogitur ista in suum immissa pati, cum jure publico non cogeretur, *d. L. quoties*, in fin. *de servit.*

XIX. Hinc totidem species servitutum hujus generis: Jus cloacæ immittendæ: *L. jus cloacæ, D. de servit.* Jus (12) fumi immittendi. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si serv. vind.* Jus stillicidii et fluminis immittendi, ut concipitur hæc servitus in *L. foramen*, in fin. *D. de ser. urb. præd.* vel ut alibi, jus avertendi stillicidia et flumina nostra in æd e aut aream vicini; seu ut vicinus stillicidium nostrum, aut flumen recipiat in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam. *L. 2. D. de servit. urb. præd.* §. *prædiorum. Instit. de servit.* Hæc eadem est, quæ dicitur stillicidiorum et flum num servitus in *L. 1. D. de ser. urb. præd.* Stillicidium est aqua pluvia, quæ (13) stillatim et guttatim cadit. Flumen aqua pluvia, quæ in pluvia, quæ in unum collecta continue et majore impetu fluit more fluminis. Quod fit cum aqua e tecto colligitur per canales aut tubulos unum in locum. Auctor Varro *lib. 4. de ling. lat.* Quod et aperte significatur in *L. servitutes*, 20. §. *pen. D. de serv. urb. præd.*

(12) Fumum immittere quando jure libertatis liceat, citra servitutem vero, Cæpolla *de Serv. urb. C.* 53.

(13) Quasi casus stillæ ab alto; a stiria, id est gutta frigore concreta. Wes. *in Par h. t. n.* 6. vid. de his servitutibus Coras. *ad L. 1. de serv. n.* 45. *et seqq.* Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 28. *et seq.*

CAP. VI.

Servitutes quoque rusticorum prædiorum ut utilitate prædii dominantis æstimantur, ita eadem utilitate distingui. Hinc harum servitutum genera tria: ut quædam sint ad fundum nostrum accedendi caussa; quædam ex alieno ad nostrum quid sumendi; quædam exonerandi fundi nostri gratia. Primi generis species esse has quatuor; Iter, Actum, Viam, Aquæductum. Et quid harum unaquæque.

I. Servitutes quoque prædiorum rusticorum ut utilitate prædii dominantis æstimantur, ita eadem utilitate distinguuntur. Tria sunt, quæ utilitas fundi nostri desiderat, quæ quidem sumantur extrinsecus. Primum ut aliunde ad fundum sit accessus: sine quo ne fundo quidem uti liceat. Deinde si quid intus ad cultum fundi pertinet, ut adhibeatur in fundum. Tum ut si quo onere intus premitur, quod necesse sit in alienum exonerari, ita eo exoneretur. Et totidem utilitatum consequendarum caussa servitutes nobis in alieno comparatæ. Unde harum servitutum genera tria. Quædam ad fundum nostrum accedendi caussa comparatæ sunt: Quædam ex alieno quid sumendi, quod deinde ad usum fundi nostri transferatur: Quædam exonerandi fundi gratia.

II. Accessus caussa sunt hæ quatuor, Iter, Actus, Via, Aquæductus. Nam et aquæductus nihil aliud est, quam iter aquæ, quam per alienum volumus ad nostrum pervenire. Sic appellatur in *L. Quintus*, *L. si mihi concesseris*, *D. di serv. rust. præd.* Commemorantur et definiuntur hæ species in *L.* 1. *de serv. rust.* et *Inst. de serv.* in pr. Suntque eæ, de quibus semper inter omnes constitit, has prædiorum rusticorum servitutes esse: cum de cæteris, quas in reliquis generibus subjiciemus, dubitarint veteres: etsi tandem obtinuerit, ut in rusticis servitutibus recte numerarentur, si minus ipso jure; at certe tuitiune prætoris, ut declaratur *d. L.* 1. in fin. *de serv. rust. præd.* §. *inter*, *Inst. de serv.* Quod non alia ex re fieri putandum est, quam quod de quatuor illis superioribus nominatim comprehensum fuerit ulim, aut lege duodecim tabularum, aut aliis legibus: cæteræ in lege non appellarentur.

III. Iter sic definitur, jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. *d. L.* 1. *de serv. rust. præd. Institut. de serv.* in princ.

IV. Ire est pedibus ad aliquem locum progredi. Sic tamen pedibus; ut nihil intersit an eundum, suis pedibus quis in eo utatur, an alienis. Nam qui ab eunte gestatur, et ipse ire dicitur. Hinc factum, ut placeat nun solum eum ire, qui eat pedes, sed et qui eques; item qui (1) sella et lectica vehitur: eique cui iter concessum sit, vectationem superiorem concessam videri. *d. L. qui sella*, in princ. *L. inter*, *de serv. rustic. præd.*

V. Ambulare prope idem, quod ire. Ut apud Terentium quod dicitur in Phormione, *in jus ambula*, valet idem, quod nostri dicunt, iin jus; ex edicto, quo cautum ita est, in jus vocati ut eant. *Tit. D. in jus voc. ut eant.* ut videri possit verbum ambulandi in definitione otiuse additum. Sed tamen nunnihil interest. Certe ambulare amplius quiddam exprimit. Nam si ambulare dictum est ab ambiendu; ambulare erit non tantum ire ad fundum, sed commeare ultro citro cum libet, id est, non tantum redire, sed et ire; nec tantum (2) necessitatis caussa id facere, sed et voluptatis et quoties visum est. Itaque hæc vis erit hujus adjectionis, ut iter sit jus eundi ad fundum nostrum, et inde redeundi, ac toties id facendi, quoties libet vel animi caussa.

VI. Homini seu hominis verbum (nam utrumque legitur, prius in Pandectis Florentinis in *d. L.* 1. *de serv. rust. præd.* Posterius fere in omnibus aliis exemplaribus, et maxime in *Institutionibus*) cur additum sit in definitione, sequentia declarant. Nempe ut intelligatur iter sic esse jus eundi, dum iter sit homini, seu hominis; id est, dum homo eat, non etiam jumentum agatur. Quid ergo, dicet aliquis, boc quisquam metuere potuit, ne eundi verbu etiam jus agendi jumentum acciperemus, nisi hoc de homine nominatim adjiceretur in definitione? Omnino. Nam et pecora ire dicuntur:

Virgil. Ecloga I.
Ite meæ quondam, felix pecus, ite capellæ.
Eclog. VII.
Ite domum pasti, venit Hesperus, ite juvenci.

Additum ergo homini, ad removendum iter animalium. At cur itineris verbo quod generale est, non continentur omnis itineris species, ac proinde animalium; cum placet verbo generalis omnes species ejus generis contineri? *L. si servitus*, *D. de serv. urb. præd.* Quia iter animalium per se nullum est, ut quidem per unum et certum tantum locum eant, nisi agantur a ductore. At hoc cum fit, non jam iter est tantum, sed actus. Nunc autem in itinere iter nudum quærimus, quod nun est in actu. Inde dictum, eum non posse jumentum ducere, qui iter tantum habeat. *d. L. qui sella*, in pr. *de serv. rust. præd.*

VII. Quid ergo, si dominus in itinere malens pedes ire descendat de equo, et equum (3) ma-

(1) Vid. Cæpolla *de Ser. rust. C.* 1. *n.* 4. et 5. ubi etiam rheda aut curru vehi licere per duos equos scribit. Quod *d. L.* 7. non probat, nec juri convenit. Neque enim par ratio lecticæ, quæ a bajulis gestabatur, item sellæ gestatoriæ, ac rhedæ seu currus. Restringit hoc idem *n.* 5. ut equum vel rhedam illam aliis rebus onerare non liceat, etc.

(2) Cujac. 22. *Obs.* 35. Potest ambulare, inquit, id est spatiari valetudinis caussa, et Baro *in pr. I. de serv.* qui hoc discrimen facit: Ire etiam equites sed transeundi caussa; ambulare solos pedites sed non transeundi, verum sanitatis gratis. Contra Hotom. *ad pr. I. de ser.* significari commeationem ad res prædio necessarias, quia non est servitus prædialis spatiandi animi vel valetudinis caussa. *L.* 8. *de serv.* Recte: nam et spatiando hominis voluptas non prædii utilitas respicitur. Cæpolla *de Serv. rust. C.* 1. *n.* 2. ire scribit qui solus vadit, ambulare qui cum socio etiam currendo vel cantando. M. Lyclama *Lib.* 3. *Membra. Ecloga* 12. vocem ambulandi conjunctim intelligendam esse, nec abstrahendam ab itione. Ita ambulare dici aliquem ad discrimen vehiculorum, quæ dicuntur ire agi. *L.* 9. *de serv.*

(3) Sed Hotom. *ad pr. I. de serv.* ad de-

nu prehensum ducat, aut ante se agat; hoc illi facere non licebit? Immo vero licebit. Plus dico, etsi dominus sit in fundo, recte ad eum per famulum aut alium quemlibet deducetur equus in fundum, ut rediturus equum conscendat. Nec obstabit ei, quod dicitur in definitione, et *d. L. qui sella.* nun licere ei, qui iter habet, jumentum agere vel ducere. Hoc enim sic accipiendum est, nisi jumentum ducatur equitandi caussa. Nam cum possit eques ire et redire. *d. L. inter, de servit. rust. præd.* Sine dubio et equitandi caussa ei equum ducere, aut ad eum duci permittendum est. Quidquid enim conceditur, hac conditione est, ut simul omnia concessa intelligantur, sine quibus concesso commode uti non possumus. *L.* 3 §. 1. *D. de serv. rust. præd. L.* 2. *D. de jurisdict.*

VIII. Actus est jus *agendi vel jumentum vel vehiculum.* Sic definitiu est Ulpiani in *d. L.* 1. *de serv. rust. præd.* nec quidquam additur præterea. Hoc vero recte. Nam actus dictus est ab agendo. Non potest igitur actu esse, nisi jus agendi. Agere autem ad animalia et vehicula tantum pertinet, de quo mox. Male autem in maxima parte exemplarium *Institutionum* sic definitio relata est, ut actus sit, *jus eundi, ambulandi hominis, jumentum agendi vel vehiculum.* Nun quia aliter legitur in *d. L.* 1, sed quia falsum est actum esse jus eundi ambulandi hominis, ut mox dicetur. Alioqui nihil intersit inter actum et viam: cum et viæ eadem definitio sit. Inter quæ tamen multum interest. Sed et hanc adiectionem Theophilus non agnovit. Tenebimus igitur definitionem, ut est Ulpiani in *d. L.* 1. et ut legitur iisdem verbis in plerisque exemplaribus *Institutionum*, ut sit actus jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Agere est vi cogere rem aliquam, ut progrediatur. Quod fit in animalibus et vehiculis, cum adhibita opera ista promovemus. quæ alioqui aut non moverentur, aut non procederent. Ideo utrumque additum in definitione *jumentum vehiculum.* Quamquam et dum his rebus inter agendum duces sumus, non minus recte eas ducere dicimur *d. L. qui sella, in pr.* et §. 1. *L. inter, de serv. urb. præd.*

IX. Ergo qui agit, ducitve jumentum vel vehiculum, quia promovet, apparet etiam eum ire cum jumento et vehiculo. Neque enim aliter promoveat, seu cogat progredi, sed nec aliter se his progredientibus ducem et rectorem præbeat. Attamen non simpliciter ire, sed ire cum jumento et vehiculo. Inde quæsitum, an cui actus concessus est, possit etiam ire et sine jumento. Et placuit (4) posse. Idque adeo intulit Ulpianus ex definitione superiore in *d. L.* 1. *de serv. rust. præd.* Itaque inquit, *qui iter habet, actum non habet*, id est, non hoc ipso, quod iter habet. Nam aliter nihil vetat, quominus qui iter habet, huic etiam seperatim actus sit concessus. *Qui autem actum habet*, inquit, *et iter habet etiam sine jumento*: id est, ut explicatius dicitur in *Inst. Tit. de servit.* in pr. et iter habet, eoque uti potest et sine jumento. Et de hoc jure minus quis dubitet fortasse.

X. At quod Ulpianus idipsum intulit ex definitione, videamus, ne non modo recte non fecerit, sed etiam ne contra definitionem. Apparet enim ex agendi verbo, quod supra exposuimus, actum non esse iter agentis, nisi cum jumento et vehiculo. Nunc autem huic contrarium est iter sine jumento. Et fatendum est ex verbi significatione non recte inferri, quasi iter sine jumento *agendi* verbo significaretur. Plane enim non significatur. Sed hac significatione admissa, recte infertur ex re huic verbo et definitioni subjecta: quia in ea re hæc mens sit et sententia constituentium. Nam si placuit constituenti, ut quis posset ire cum jumento, idque verbum agendi significat; recte colligitur hanc quoque esse constituentis sententiam, ut liceat ire et sine jumento. Plus est enim multo ire cum jumento, quam sine jumento. Quare cui prius concessum est, ei multo magis intelligitur ex eo genere concessum posterius; juxta regulam juris, *non debet, cui quod plus est licet, quod minus est, non licere,* L. non debet cui. *D. de reg. jur.* Item cum duo conjunctim concessa sunt cum graviore

xtram aut levam ducere ac ita iter ampliare non licere, sed ante se agere vel retroducere. Cæpolla *d. Cap.* 1. *n.* 4. *in fin.* ne hoc quidem licere sentit.

(4) Baro *in pr. I. de serv.* iter eum habere per consequentiam, ut tamen ire possit sine jumento, non etiam ambulare voluptatis gratia, ne nihil actus a via differat. Sed A. Fab. 1. *Conject. ult.* expungit verba, *sine jumento* d. L. 1. dicens locos dissidentes *d. L.* 4. §. 1. *et d. L.* 1. *de ad. leg.* non rectius conciliari, quam ut Accurs. quod actus sine itinere esse nequeat, sine servitute itineris possit. Qui agit, eum, quando agit, ire oportet; non autem quando non agit. Neque aliud, ait, sine promissoris injuria constitui potest, qui pro una, gemina non est oneran dus servitute. Verum recte et expedite noster. Et refellitur Faber *ex L.* 38. *de V. O.* ad quam idonee non respondet. *L.* 9. §. *ult. de Novat. L.* 2. *Quem serv. am.* Aliter Lyclama 3. *Membr.* 12.

incommodo prædii servientis, ei multo magis licent singula, quæ servitutis incommodum minuant. Licet enim prædii servientis conditionem leviorem facere. *L. servitutes*; §. *pen. D. de serv. urb. præd.*

XI. Atenim alibi traditur, actum posse esse sine itinere. *L.* 4. §. 1. *D. si ser. vind.* Quod significat eum qui actum habet, non semper iter habere. Non sunt hæc contraria. Quod enim dicitur, eum qui actum habet etiam iter habere et sine jumento, non sic accipiendum est, ut sit necesse ita esse; sed ut habeat, si actus tantum simpliciter datus sit, ac nihil aliud extrinsecus convenerit. Cæterum si nominatim hac lege actus datus erit, ne liceret ire nisi ad agendum jumentum, aut vehiculum; pactio servanda est. Contractus enim ex conventione legem accipiunt. *L. contractus*, *D. de reg. jur.* Idque etiam superioribus consequens est. Cum enim diximus hoc iter haberi ex conjectura voluntatis, non rei significatione, et actus natura: fit, ut si de contraria voluntate constabit, non possit haberi contra voluntatem. Et in re certa non est conjecturæ locus. *L. continuus*, in fin. in pr. *D. de verb. obl.* Quod si actu concesso, convenire potest, ne habeatur iter sine jumento; et conventio rata est ex edicto: apparet vere dici actum sine itinere haberi posse.

XII. At etiam alibi scriptum est, nunquam actum esse posse sine itinere. Ideo qui, *actu* legato, *iter* adimat, nihil adimere videri. *L.* 1. *D. de adim. legat.* Dictum hoc est de itinere ipsius actus, seu de eo itinere, quo utimur in actu ad agendum jumentum vehiculum. Absque eo agi non posse jumenta, aut vehiculum, ac proinde sine eo actum esse nun posse natura, perspicuum est. Unde fit, ut qui *actu* legato *iter* adimit, nihil adimat, nun hoc iter, quod cum jumento conjunctum est, quia non potest adimi. Non illud, quod est sine jumento: quia prius id non legavit; nec videtur quidquam adimi, nisi quod prius est legatum. Hæc de verbo *agendi*: ex quo illud iter, quod adjungi diximus. Reliqua definitionis videamus.

XIII. Dicitur actus jus *agendi jumentum*. Quid cætera pecora? constat enim jumentorum appellatione non (5) omne pecus contineri. *L. ædiles*, §. 1. *D. de æd. ed.* puta boves, multoque minus oves, capras, sues. Et cætera quoque animalia non minus recte agi dicuntur, unde et ad cætera quoque jus agendi pertinet, licetque intelligere ex eo quod placet actum esse, ubi armenta trajicere liceat, ut est in *d. L. inter, de serv. rust. præd.* Armenta autem non sunt jumenta. Argumento est, quod boves armentorum appellatione continentur, non jumentorum. *L. boves, D. de verb. sign.* De jumento igitur hic exempli caussa dictum est: similiter ut de saltibus in illa veterum definitione, æstivorum hybernorumque saltuum nos possessionem animo retinere. *L.* 1. §. *quod vulgo. D. unde vi.*

XIV. Dicitur actus, jus (6) *agendi vehiculum*. Non recte, dixerit aliquis. Agi enim proprie dicuntur, quæ sunt animantia. *L. ferri*, *D. de verb. signif.* Aut si quid generalius volumus, agi tantum dicuntur se moventia, quæ ante nos propellimus, et ut supra definivimus, quæ cogi possunt, ut progrediantur. Plaustrum autem et vehiculum res sunt inanimatæ; certe res se non moventes. Unde et plaustrum duci, et jumenta agi legimus in *L. qui sella*, §. 1. *L. inter*, *D. de ser. rust. præd.* Et non difficilis hujus rei explicatio est. Vehiculum per se immobile est. Id si manu prehensum aliquo movebimus, ducere, non agere videbimur. Sed adjungamus jumenta, rem moventem effecerimus, eamque quam ante nos propellamus non minus, quam jumenta ipsa. Hoc modo et vehiculum recte agere dicimur.

XV. Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi. Nam et iter, et actum in se via continet. Sic est definitio in *L.* 1. *de servit. rust. præd. et Instit. de ser.* in princ. Sed his vitiosa videtur definitio. Primum quod in

(5) Ideo Hotom. *ad pr. I. h. t.* pro *jumentum* reponit *armentum* 1.° quia alias vocula *jumentum* redundaret, contenta verbo *vehiculum*, quod non est sine jumentis; 2.° quia excluderentur oves, capræ, porci, etc. qui jumenta non sunt 3. *Sent.* Pauli 6. § 79. Notatur ab A. Gentile 4. *Lect.* 4. 1.° quia lectica genus vehiculi, jumentum non exigens; 2.° quia non ideo cui vehiculi ducendi jus, etiam jumentum sine eo agendi, nisi definitio exprimeret. 3.° Oves et porci neque armenti nomine veniunt. Licet autem et illos agere arg. a majori.

(6) Recta hæc lectio *L.* 7. *L.* 12. *h. t.* maleque omnino Hotom. *in pr. I. de serv.* emendat *non etiam vehiculum*, permotus *L.* 13. *de serv.* qui ipse tamen *ibid.* et 2. *Obs.* 21. dissensum Jurisconsultorum agnoscit. Sed non obstat *d. L.* 13. vehiculum in actu ducere licet regulariter, *d. L.* 7. *et* 12. nisi locus angustior nominatus, *d. L.* 13. ubi conventione aliquid detrahitur. Et ideo in definitione actus disjunctionis vocula *vel*, vid. Charond. 1. *Verisim.* 5. Gov. 2. *Var. Lect.* 17. Vacon. 5. *Declar.* 69. *n.* 9.

his ipsis, quæ exprimit, non est propria definiti: sed et in his alii generi convenit. Deinde quod non omnia complectitur; quæ sunt definiti: ut neutro modo id, quod definiti proprium est, exprimat. Primum definitio videtur etiam actui convenire. Nam et actus est jus eundi, ac non agendi tantum. Sic est fere definitio in *Inst. de servit.* in vulgaribus exemplaribus. Et ut nihil sit aliud: tamen actus vi ipsa etiam iter continet; si is qui actum habet, hoc ipso et iter habeat. Nos vero negabimus actum esse iter, eoque et jus eundi. Non est quidem actus sine itinere. Sed non ideo est iter: quia quod iter inest in actu, ideo inesse intelligitur semper, quia inest agendi jumenti vel vehiculi caussa. Cui contrarium est iter solum, quod est sine jumento aut vehiculo. Recte ergo definitur actus, jus agendi tantum in *d. L. 1. de ser. rust. præd.* Non recte in quibusdam exemplaribus *Institutionum* jus eundi et agendi, ut ante dixi. At enim qui habet actum, dicitur etiam iter habere. Sed non ideo actus iter in se continet, ut via dicitur actum et iter in se continere. Esto enim, dicatur actus iter continere ideo, quia actu concesso, etiam concedatur iter: non tamen dici potest continere iter in sese, quoniam vi et natura sua non continet, ut partem totum: sed tantum concessio actus facit, ut eo concesso, etiam alterius rei concessio sequatur. Non sic via. Hæc ita iter et actum continet, ut contineat in se, et natura sua. Denique ita, ut sit etiam via et iter, et actus; proinde jus eundi, et agendi. Quod et recte sensit (7) Duarenus *Lib. 1. Disp. C. 31.* At quid interest, utrum dicatur via continere iter vi et natura sua, an vero sententia contrahentium, ut actus? Plurimum. Nam si contineat tantum sententia contrahentium, non natura sua; poterit recte convenire, ut qui viam habet, non habeat iter sine jumento, ut supra in actu conventione effici posse diximus. Nihil enim hic fit contra naturam rei, eoque nec contra jus. Ac proinde rata conventio ex edicto. *L. jurisgentium, §. ait. D. de pact.* quod si dederimus, id quod res est, viam natura sua continere jus eundi, frustra erit conventio, si convenerit, ut cui via concessa erit, ei non liceat ire sine jumento: quia conventio est contra naturam rei, de qua agitur: cujus generis conventiones omnes tanquam cum natura pugnantes, et contra jus de re quaque constitutum, nullius momenti habentur. *L. si tibi. 17. in pr. L. pen. D. de pact.* Recta igitur hac parte definitio, quæ hactenus viæ propria est, nec actui convenit.

XVI. Sed videtur in eo minus complecti, quam definitum exigit, quod placet eum, qui viam habet, trahendi quoque (8) tigna et lapides jus habere, item et rectam ha-

(7) Ita et Cor. *ad L. 1. de serv. n.* 99. in actu iter non inspecta prima caussa, sed accessorie et in consequentiam. In via actus et iter utrumque æque principaliter. Cujac. 23. *Obs.* 35. via propalam et nominatim in se continet iter et actum, idemque prorsus viam est cedere iter et actum *L. 9. vers. sed si quidem si ser. vind. L. 2. Quem. ser. am.* (quod tamen non usquequaque admittendum) et in edicto de itinere actuque his verbis etiam via significatur. Actui non propalam et nominatim sed tacite, et per consequentias iter inest. Viam habens potest vel iter vel actum separatim, vel utrumque conjunctim, vel uno verbo viam vindicare. Actum habens iter vindicare nequit. Bald. *Add.* 12. *tab.* 4. *n.* 5. Via continet iter et actum ex ipsa vi et proprietate verbi Actus autem iter non nisi ex verisimili paciscentium voluntate. et Duar. *ad L. 1. h. t.* et Char. 1. *Veris.* 5. Sed Gœd. *ad L.* 25 *de V. S. n.* 18. ut in actu iter, ita in via iter et actum inesse non ut partes, sed ut commoditates propter loci amplitudinem et usum. M. Lycl. 3. *Membr.* 12. Quatenus insunt iter et actus, ait, sunt partes inseparabiles, indivisæ, non servitutes, sed servitutem viæ una formant. Ire ambulare potest viam habens, jure viæ, non separatæ servitutis. Cæterum Florentinæ Pand. *in L. 1. h. tit.* pro *in se* habeant *et se*, quam lectionem tuetur Ræv *ad LL.* 12. *tabb. C.* 14.

(8) Et sic plus continet quam actus, atque in eo unum discrimen, 2.° differt quod actus latitudo ab homine designatur, viæ autem certa est et lege determinata *L. 8. R. P.* Actus etiam esse potest si angustior locus, quam qua vehiculum duci possit, via nequit *L. 13. de ser.* Cujac. 22. *Obs.* 35. Cæpolla *de serv. rust. C.* 3. *n.* 2. Cor. ad *L. 1. de serv. n.* 97. Nec recte Rob. 4. *Sent.* 5. eadem omnino licere actum habenti quæ viam habenti, nec aliud esse discrimen, quam quod via significet rem certam et consistentem, actus factum incertum. Viæ certam esse latitudinem quam is cui debetur loco non nominato, in qua parte velit, eligere possit, civili tamen modo. Actu autem simpliciter promisso servitutem non consistere, quia nihil determinati in promissione, priusquam determinetur *L. 13. §. 1. hoc tit.* Quia vero actu promisso aliquando angustior locus constituitur, quam qui via promissa ipso jure debetur, inde fieri, ut interdum plus liceat habenti viam, quam actum. Nec melius A. Fab. 1. *Conject.* 20. hoc unum plus esse in via quod etiam ambulare, id est solus ire possit qui viam habet, quod nequeat actum habens, vid. supra *Not.* 4. Viam nihil aliud esse quam conjunctas servitutes itineris et

stam ferendi, dum fructus non lædat: quanvis pruvehi soleat hasta a superiore parte extra spatium viæ. *L. qui sella. §. penult. D. de servit. rust. præd.* Hæc tamen non continentur verbis superioris definitionis, quoniam neque qui bajulat aliquid, nempe qui trahit, dicitur agere: sed qui bajulat, ferre; *L. ferri. D. de verbor. signif.* qui trahit, aperte ante se non agit: agere autem est ante se promovere. Et dici potest Ulpianum in *d. L. 1. de servit. rust. præd.* posui-se in defini'ione viæ ea tantum, de quibus conveniebat inter omnes ea esse viæ, ideo nihil addidisse, quo significaretur de duobus illis posterioribus, quia de his dubitabatur. Sic enim de his refert Paulus in *d. L. qui sella, §. pen.* plerique (putant et trahendi quoque et rectam hastam ferendi habere eos, qui viam habent. Sed postquam superior sententia comprobata est a Justiniano in Pandectis, res eo rediit, ut nunc quidem non sit plena definitio. Quam tamen postea ipse relatam probavit in *Instit. Tit. de servit.* Quid ergo, si hoc ipsum fateamur non esse plenam definitionem: sed non ideo descriptionem reprehendendam, quia non fuerit propositum Ulpiano in *d. L. 1. de servit. rust. præd.* exactam definitionem viæ tradere, sed tantum id, unde differentia intelligeretur inter actum et viam? Multo minus hoc dicetur probabiliter. Nam institutum ejus contrarium satis arguitur ex eo, quod priora duo iter et actum propriis inclusit definitionibus: aquæductum postea eodem modo; neque nunc nova ratione in describenda via est usus, quam in reliquis, sed eadem. Præterea in singulis his servitutibus dixit separatim q: id esset unaquæque definientis more, non differentias proponentis. Ut non magis dubitari possit eum delinitionem viæ tradere voluisse, quam constat voluisse eum in ceteris. Mihi quidem, si quid hic certi dicere volumus, et quod superiora complectatur, atque adeo quod verbo viæ conveniat, redeundum videtur ad conjecturam virorum doctorum, ut (9) Connani, qui putat pro eundi, legendum una literula adjecta vehundi. Et vero ita legi oporteret; et ita oportere tria evincunt; etymologia verbi; ratio et analogia præcedentium definitionum: natura definitionis. Etymologia hanc scripturam suadet. Constat enim viam dici a vehendo. Auctor Varro *Lebr. 4. de ling. lat.* Ratio præcedentium definitionum etiam exigit. Nam iter definitum est jus eundi; nempe quia dicitur ab eundo. Actus jus agendi, eadem ista de caussa, quia dicitur ab agendo. Par igitur, et prioribus omnino consequens, ut dicatur via jus vehundi, quia scilicet et hæc dicitur a vehundo. Natura autem definitionis cogit ita deliniri. Non est enim delinitio, quæ non contINet omnia, quæ sunt deliniti. At si via nihil est, nisi jus eundi et agendi, non continebuntur hac definitione jus ferendæ hastæ, et aliquid trahendi. Quoniam quæ ferimus et trahimus, agere non dicimur, ut ante ostendi, *d. L. ferri, de verb. sign.* Quæ tamen via contineri placet. Dicamus igitur esse jus vehundi et agendi, et ambulandi. Tum ut cætera omnia, sic et superiora duo complecti. Vehi enim dicuntur omnia, quæ trajiciuntur; sive ea ferimus, sive agimus ante nos, sive ducimus nobiscum, sive post nos trahimus.

XVII. Aquæductus definitio patet, quæ est in *d. L. 1. de serv. rust. præd.* ut sit aquæductus jus (10) aquam ducendi per fundum alienum.

actus, etc. qui tamen postea: Sublatis itinere et actu sublatam esse viam *L. 13. §. 1. de acceptil.* constitutis non constitui. Quæ firma non sunt. Iisdem enim rebus aliquid constituitur et dissolvitur, eadem sunt in interitu quæ in ortu. Cur vero hastam rectam ferre non liceat actum habenti, vid. *not.* Goth. *in d. L. 7. h. t.* Cujac. 22. *Obs.* 35. putat *L. 12. tubo.* de non cædendis arboribus vetuisse forte et ne quia quatefaceret eas ac fructus decuteret, quod sic facile eveniret. Igitur putat supinam hastam demittere posse, sed non erigere.

(9) Et Wes. *in Par. h. t. n. 1.* Goth. *ad d. L. 1.* Aliter Hotom. *in pr. l. de serv. et 2. Obs.* 21. voculam *eundi* retinens et pro *ambulandi* reponens *avehendi*. Sed lectionem receptam tuetur A. Gentil. 4. *Lect.* 4. dicens voculam *agendi* hic latius comprehendere quoque lapidis tractum et gestationem hastæ. Plus autem esse in verbo ambulandi, quod non distinguitur uno loco, cum quandam variandi potestatem significet: Sic enim ambulatoria voluntas. Et M. Lyclama 3. *Membr.* 12. verbum *vehundi* magis actui convenire, sed et itineri *l. 7. pr. h. t.* Viam a vehendo dictam, sed publicam aut etiam quæ non est servitus. Jus vehendi supra solum esse servitutem viæ in solo. Viam esse jus eundi scilicet, non hominis, sed vehiculi, et agendi vehiculum vel jumentum, quæ verba ex definitione actus conjungenda dicit. Ire agere proprium esse viæ *l. 9. si serv. vind.* agere ire actus, ire ambulare itineris.

(10) De quo Bald. *ad pr. I. de ser. n. 16. et 12, seqq.* Coras. *ad l. 1. de Serv. n. 120. et seqq.* lusissime Cæpolla *de Ser. rust. C. 4.*

CAP. VII.

Secundi generis servitutum rusticorum prædiorum esse eas, quæ præter aditum, etiam jus ex alieno quid sumendi habent, quod ad usum prædii nostri solum conferatur. Quibus modis fiat, ut ita conferatur. Hujus generis esse has species, Aquæ haustum; Aquæductum; jus Cretæ eximendæ; Calcis coquendæ; Arenæ fodiendæ; Lapidis eximendi; Pedamenta sumendi; Pecoris pascendi: Pecoris ad aquam adpellendi; Tugurii habendi; Uvas premendi; Frumenta, ipsa cæteraque legumina exprimendi. Quid contineat harum unaquæque, et quatenus fiat prædii servitus. Expositus, et suæ integritati restitutus §. ultimus. L. Mela. D. de ali. leg.

Servitutes, seu jura rusticorum prædiorum secundi generis sunt, quæ ex alieno quid sumendi jus habent ad fundi nostri usum. I.

Sumpta ex alieno ad usum prædii nostri conferuntur tribus modis; unde et tria genera servitutum. II.

Prioris generis servitutes usum illarum rerum præbent, quæ ad opus et cultum fundi recta pertinent, et in eo insumuntur; et quæ hujusmodi. III.

Secundi generis sunt comparatæ ad usum pecorum, quæ habentur fundi colendi, aut alendæ familiæ caussa. Hæ cujusmodi. IV.

Ex posteriore genere illæ, sine quibus aut pecora ipsa in prædio haberi nequeunt, aut quæ ad exprimendorum, aut recte habendorum fructuum caussam pertinet. Et quæ istæ. V.

Emendatur et exponitur L. Mela. §. ultimus D. de alim. legat. VI.

I. Secundi generis servitutes rusticorum prædiorum sunt eæ, quæ præter aditum in alienum, etiam jus ex alieno quid sumendi habent, quod ad usum prædii nostri conferatur. Quæcumque erunt hæc jura, eadem erunt et prædii servitutes, si quod sumitur ex alieno, ita transferatur ad usum prædii nostri, ut etiam in eo usu consumatur. *L. ergo*, in fin. *L. veluti. seq. de servit. rust.* Illud tantum videndum erit, quæ ad hunc usum conferatur: quod non uno modo contingit.

II. Et ex alieno sumptum ad usum atque utilitatem prædii nostri conferri intelligitur, sive sumptum transfertur in fundum, et illic consumitur: sive extra fundum confertur ad usum pecorum prædio nostro destinatorum; sive etiam extra fundum confertur ad fructus prædii nostri exprimendos.

III. Quæ ex alieno sumpta transferuntur in fundum, et ibi ad opus et cultum fundi consumuntur, earum sumendorum jus citra controversiam est servitus, ut ad prædii nostri utilitatem recta collatum. Hujus generis servitutes hæ sunt; Aquæ (1) haustus; *L.* 1. in fin. *D. de serv. rust. præd.* §. *inter. Instit. de servit.* Aquæductus, quatenus ducitur ex fonte, qui in alieno est: Jus pedamenta ex alieno sumendi: *L.* 3. in princ. *eod.* Jus cretæ eximendæ, Calcis coquendæ, Arenæ fodiendæ, Lapidis (2) eximendi. *L.* 1. in fin. *L. ergo*, *L. veluti, seq.* §. *item longe. D. eod. d.* §. *inter. Institut. de servit.* Omnia tamen servitutes hac lege, dum ex regula quam supra posui, omnibus his utamur solum ad prædii nostri utilitatem, in qua et consumantur, *d. L. ergo D. eod.* puta, aqua hausta aut ducta ad fundum irrigandum: pedamentis ad vineas; creta ad figulinas, et eas quidem, in quibus vasa fingantur soli prædio nostro necessarias: calce, arena, lapide ædificandi ejus gratia, quod in fundo est. *d. L.* 3. *L. veluti*, *eod.*

IV. Sed et quæ ex alieno sumpta non redeunt quidem recta ad fundum, conferuntur tamen ad usum pecorum prædio nostro destinatorum, eamdem et ipsa utilitatem prædii nostri continere intelliguntur: utpote collata ad usum earum rerum, quarum utilitas ad prædium ipsum refertur. Hinc illæ servitutes ejusdem generis: jus (3) Pecoris pascendi: jus Pecoris ad aquam alie-

(1) *L.* 5. §. 1. *hoc tit.* de quo Coras. *ad L.* 1. *de serv. n.* 126. *et seqq.* definiens: jus hauriendæ aquæ ex puteo vel fonte vici ad prædii mei commoditatem, uti et Schneid. *ad pr. l. de serv. C. de Ser. rust. n.* 27: de qua et Cæpolla *de Serv. rust. C.* 7.

(2) Quæ si ad utilitatem rustici prædii rusticæ servitutes: si ad urbani, urbanæ, vid. Cæpolla *de Ser. rust. C.* 10.

(3) De quo et de pascuis, pluribus Coras. *d. lo. n.* 135. *et seqq.* Schneidvin. *d. loc. n.* 28. *et seqq.* Cæpolla *de Servit. rustic. C.* 9.

nam appellendi, seu pecoris (4) ad aquam appulsus. *L.* 1. in fin. *L. pecoris.* 4. *D. eod.* Utrumque tamen ita, ut dixi, dum pecora prædii nostri caussa habeantur, et ut Papinianus loquitur in *d. L. pecoris,* dum *prædii fructus maxime in pecore consistat*; id est, dum pecus ad fructum prædii, seu ad fundum fructuosiorem reddendum comparatum sit; ut quæ conferuntur in pecora, eadem quoque videantur in fundum ipsum conferri. Id autem ita fit, si ut Ulpianus hoc explicat in *L.* 3. in pr. *D. eod.* pecora sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, seu quæ habentur tantum fundi colendi caussa. Idem est, si sint oves, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, aut caseum conficiendum comparatæ: sed quibus solum ad usum et victum familiæ rusticæ, per quam fundus colitur, utamur. Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non ultra constitui posse, quam quatenus utile est prædio, et quatenus ad id ipsum prædium opus est. *L. ergo,* in fin. *de serv. rust. præd.* Si inde quid venit, aut transfertur ad alios, quidquid sumere ex alieno licebit, usus fructus aut usus erit, non prædii servitus, *d. L. veluti eod.*

V. Prioribus servitutibus istis duabus receptis consequens fuit, ut illa quoque admitteretur, ut si habeam in tuo pascui servitutem, aut pecoris appellendi, liceat mihi etiam tugurium ibi habere, quo me recipiam, si tempestas ingruerit, quæ et servitus recepta est. *d. L. veluti.* in fi. *eod.* Et recte. Sic enim fit, ut tugurii utilitas primo quidem pertineat ad pecora tuenda, quæ sine custode aut ductore recte haberi, aut custodiri, aut etiam agi non possunt. Ad summam autem referatur ad fundum, cujus caussa pecora habentur. Sed etsi quid in alieno facere nobis commodum sit, quod sumptum neque recta referatur ad fundum nostrum, neque obliqua via per pecora, quæ alieno pasta ad fundum nostrum postea redeunt: si tamen pertineat ad fructus nostros in alieno detegendos, exprimendosve, et in summa melius habendos, placet ejus rei servitutem prædii: quasi ad prædii utilitatem satis pertineat, quæ pertinet ad fructus recte et commode ad usum habendos: cum ipsum prædium fructuum caussa habeatur. Quamobrem et si quæ sint hujusmodi servitutes, recte ad hoc ipsum genus referentur. Sunt autem ex hac caussa hæ receptæ, ut mihi in tuo uvas vineæ meæ premere liceat: ut liceat area tua uti ad frumenta, pisa, cæteraque legumina exprimenda. Quæ servitutes rummemorantur in *L. Mela.* §. *ult. D. de al. leg.*

VI. Atque hæ sunt hujus generis secundi prædiorum rusticorum servitutes. In quibus tamen in dubium revocantur hæ; aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus premendi uvas in alieno, jus frumenta et legumina nostra in aliena area exprimendi. Nam hæc, ut est, ut est lectio vulgaris etiam in Pandectis Florentinis, dicuntur esse servitutes personæ in *d. L. Mela.* §. *ult. de al. leg.* Sic enim illic locus legitur: *nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personæ; tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur* Sed sententia isto contextu aperte vitiosa est; sed et ea, quæ ab eodem ipso loco aperte refellatur. Nam hæ servitutes certo jure sunt servitutes prædii non personæ. §. *inter, Inst. de servit.* In primis autem sententia Ulpiani, qui non dubitanter in rusticis servitutibus ista computanda esse scribit in L. 1. in fi. *de serv. rust. præd.* Atqui idem ille est auctor *d. L. Mela.* Ut autem quis superiores servitutes de sententia Ulpiani servitutes personæ esse concesserit: tamen quod sequitur, falsum est, eas hoc casu inutiliter relinqui ei, qui vicinum prædium non possideat. Idque eodem auctore Ulpiano in eo ipso responso; ubi in extremo ait, aquam, de qua illic consulebatur, ideo fideicommissario quamvis non possessori vicinæ possessionis utiliter relinqui, quia personæ relinquebatur. Quid ergo est? Vere illic scripsit Ulpianus, et iis, quæ diximus, plane convenienter, dum vitium scripturæ observetur, quod intelligenti, et consideranti propius, non erit difficile animadvertere. Error obrepsit ex vitiosa interpunctione, et una itemque altera litera detracta. Quæ si recte reponuntur, locus integritati suæ restituetur, et sententia loci nihil alioqui cohærens habentis, simul et juris ratio de superioribus servitutibus optime constabit. Sic ergo locus (5)

Covar. 1. *Var. Resol.* 17. n. 11. *et pract. QQ. Cap.* 37.

(4) De qua Coras. *dict. loc. n.* 133. *et seq.* Cæpolla *de Servit. rust. Cap.* 8. ubi *n.* 2. tunc hanc servitutem prædialem esse quando pecora vel ad stercorandum agrum habentur, vel per ea colitur fundus, ut si boves ad arandum habeantur. Definit: jus appellendi pecoris per prædium vicini ad fontem seu puteum.

(5) Aliter corrigit Coras. *ad Rubr. de serv. n.* 32. sic legens: *Nam etsi haustus, etc. est servitus personæ: tamen ei qui vicinus non est utiliter relinquitur,* ut sit sum-

legendus et interpungendus est; *nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus. Personæ tamen ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Ejus, non ei, ut conveniat relativum, quod sequitur, qui vicinus non est. Neque enim recte diceretur, personæ ei, qui vicinus non est: sed recte, personæ ejus, qui vicinus non est. Hoc vero contextu habemus sententiam veram, et superioribus consentientem. At non eam, dixerit aliquis, quam certum sit Ulpianum ita posuisse, cum contextus vulgaris repugnet. Immo eam, quam non alibi tantum, sed eo ipso in loco constet esse Ulpiani. Illa enim verba, *nam et haustus aquæ,* pro ratione subjecit, ut probaret, quod prius significaverat servitutem prædii non possessori vicinæ possessionis non recte relinqui. Quod ita recte probatur, si subjecerit eas servitutes, quæ sunt prædii, quæ tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquatur. Quare omnino necesse est ita eum scripsisse, aquæ haustum, ut pecoris ad aquam appulsum esse servitutem, id est, servitutem prædii, ut servitutis verbum specialiter passim usurpatur. Ab eodem Ulpiano præsertim in *L.* 3. in pr. *L. ergo,* in fin. *D. de serv. rust. præd.* Atque hinc etiam aliud vitium in ipsa interpunctione ejus loci observandum est. Legitur enim totus uno contextu. Quod non ita faciendum est. Alioqui rationes subjectæ duæ præcedentibus non

sus: Licet haustus, cum est servitus prædialis, requirat vicinitatem, non tamen cum personæ relictus, ut ita in vers. *nam et* non confirmetur, sed diluatur objectio. Ibidem in fin. *d.* §. *ultim.* pro *aqua* reponit *aquæ* addens secum sentire, Longovall. *ad L.* 3. *de Jurisd.* Desperatus certe *d.* §. *ult.* morbus, ustione vel sectione lenius remedium recipere vix videtur. Quod si ea recipienda, præferrem aliam correctionem, quam aliquot ab hinc annis, ex ore viri Cl. Val. Guil. Forsterii percipere me meminit, ut legamus, *est servitus per se, non tamen ei qui vicinus non est inutiliter relinquitur.* Sic enim sensus multo aptior ac concinnior quam vel ex Corasii vel ex nostri lectione. Hic nimirum. Si haustus aquæ, qui semper servitus et sui quidem natura prædialis, potest tamen personæ relinqui, ut fiat servitus personalis, quanto magis utile fideicommisso aquæ simpliciter relictæ, ubi nulla servitus, nec personalis constituta, (ut apparet ex verbis: *ut sit in fideicommisso quanto quis aquam sibi esset comparaturus*) sed relictum simile relicto alimentorum. Quid tamen si et hic ingenii vires periclitentur, num interpretatione aliqua non absurda effici possit, ut sua vulgatæ lectioni constet sententia. Constare vero videtur si dicamus in vers. *nam et haustus,* vel removeri tacitam objectionem, ab haustu aquæ petitam hoc modo: Licet haustus aquæ vicinitatem requirat, etiam cum personæ relictus: tamen ejus diversa ratio, quia ille est servitus, si non rei, saltem personæ. Hic autem nulla servitus relicta. Vel (si cui hoc duriusculum videatur, fateor enim voculam *tamen,* non satis apte congruere.) Ulpianum ita objectionem redarguere ut primum aliquid concedat, et quidem amplius largiatur, quam contradicentes ipsi intendant, postea ostendat id omne non recte applicari, seu proposito adversari. Sensus hic. Quasi dicat Jurisconsultus. Non ideo inutile relictum, quia servitus prædii vicinam possessionem exigit. Largior quidem hoc, immo plus sponte concedo haustum aquæ, qui maxime huic relicto affinis, etiam tunc cum personæ servitus est, id est, cum non in utilitatem prædii, sed domini, et quidem certæ personæ intuitu, constitutus, vicinitatem exigere. In eademque caussa esse jus uvas premendi, etc. Verum hæc nihil sententiam meam impediunt. *Hæc enim aqua personæ relinquitur,* id est non servitus aliqua est aquæ haustus, sed debitum personale. Dices. Siccine vicinitatem prædiorum in servitutibus personalibus exigis? Resp. Exigo; sed non in ususfructu ac usu, primariis speciebus, quæ et in re mobili et prædium non habenti constitui aptæ: verum in quibusdam quæ sui natura prædiales ex intentione constituentium personales fiunt, ut *l. seq.* Hoc probat mihi *L.* 5. §. 1. *h. t.* ubi primo generatim jus haustus pecoris dicitur in alieno esse non posse, et *in seqq.* tractatur, quatenus ejusmodi servitus (scilicet prædialis, quæ in specie sic vocatur, vid. *supra C.* 1. *Not.* 3. valeat. Unde apparet priorem definitionem latius patere. Sed hæc declaranda ex *C.* 2. *supra h. lib.* Vicinitas scilicet ea requiritur, quæ si absit usum servitutis impediret. Quomodo enim etsi virtus personalis sit, vel pecus meum aquam ex tuo fonte haurire, vel illud per tuum prædium ad fontem vel fluvium appellere, vel uvas, frumenta, legumina exprimenda areæ tuæ inferre potero, nisi juxta *d. C.* 2. aut contiguum agro tuo prædium habuero, aut intermedia loca id non prohibeant. Quis etiam cretæ exemptæ, calcis coctæ, arenæ effossæ usus mihi erit, si ob eadem impedimenta, efferre vel evehere non licebit. Immo qui alias, vel exemplum coctum, effossum ire potero? Nisi si quis dixerit servitute tali personæ constituta etiam aditum præstandum, arg. *L.* 1. §. 1. *Si us. pet.* et eorum quæ *supra Not.* 4. *ad Lib.* 10. *Cap.* 7. Sed cogitet is quam non conveniens sit, illi cui levius forte jus concessum, accessionis vice tribui aliud ejusdem generis, pluris plerumque constitutum vel plus damni allaturum debitori servitutis, quam ipsa principalis servitus. Ususfructus diversa ratio qui omne emolumentum rei continet. Atque his sit asserta receptæ lectionis *d. L.* 14. §. *ult.* sententia. Quæ si non facient palato lectoris, studium tamen is animumque considerans, bonam operam non inaniter collocatam judicabit.

cohærebunt. Quæ res totum locum prope in accessum reddidit. Illa verba, *nam et haustus aquæ*, et quæ sequuntur usque ad illa extrema, *hæc enim aqua*, legenda sunt per parenthesim. Ratio autem posterior, quæ hanc parenthesim exeipit, ad principium responsi referenda est. Membra autem ita distincta habent hanc sententiam. Subjicitur prior illa ratio recte per parenthesim. Subjicitur enim obiter non confirmandi propositi responsi caussa, sed confirmandæ objectionis, quam Ulpianus posuerat, ne temere, hanc sibi opposuisse videretur. Dixerat enim prius; *nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute prædii non possessori vicinæ possessionis relicto*. Subjicit: *Nam et haustus aquæ*. Quod per inde est ac si diceret: Ne quis hanc objectionem contemnat, quasi non sit necesse servitutem prædii possessori vicinæ possessionis relinqui. Sententia vera est relinqui ita debere. Nam, ut id obiter ostendam, et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, cujus generis aqua nunc fere proponitur, est servitus, nempe prædii, ut est hujus verbi proprie usus. Tamen personæ ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Eademque caussa est cæterarum servitutum, quas subjicio. Atque hic finis parenthesis. Qua finita respondet ad objectionem his verbis, *hæc enim aqua personæ relinquitur*. Referri ergo debet ratio, ad superius responsum Ulpiani, quod parenthesim præcesserat. Estque hic sensus: recte dicebam fideicommissum aquæ, quod nunc proponitur, non ideo videri inutile, quia servitus prædii ei qui vicinæ possessionis possessor non est, inutiliter relinquitur. Etsi enim hoc posterius verum est, ut ostenoi, tamen ad hanc speciem non pertinet. Hæc enim aqua personæ relinquitur. Non ergo prædio. Quod si non prædio, non est necesse ad hanc seu aquam seu aquæ ex eisternis testatoris sumendæ servitutem obtinendam, ut fideicommissarius prædium habeat. Proinde multo minus necesse, ut habeat vicinum. Quapropter nihil hic proponitur ex *d. L. Mela*, cur non aquæ haustus, et pecoris ad aquam appulsus, et cæteræ quas diximus, sint ex sententia veterum, atque adeo Ulpiani, prædii servitutes.

C A P. VIII.

Tertii generis servitutum rusticorum prædiorum, in quo sunt eæ, quæ parantur fundi nostri exonerandi caussa, quæ species. Ex omnibus superioribus honeribus quasdam servitutes esse promiscuas, ut quemadmodum possunt esse prædiorum rusticorum; sic possint esse et urbanorum, prout ad hæc, aut illa quæsitæ fuerint. Hujusmodi esse illas quatuor, Iter, Actum, Viam, Aquæductum. Omnia jura, quæ supra prædiorum esse diximus tam urbanorum, quam rusticorum, ita prædiorum esse, nisi id actum sit, ut personæ tantum tribuerentur. Id actum unde intelligatur.

Tertii generis servitutes rusticorum prædiorum exonerandi fundi causa comparantur; et quæ illæ. I.

Iter, Actus, Via, Aquæductus rusticis atque urbanis prædiis communes servitutes. II.

Omnes prædiorum servitutes sunt etiam personarum, si id actum sit, ut personæ tribuantur. III.

Actum id intelligitur aut ex verbis, aut ex genere personæ. IV.

Verbis; demonstrata persona, cui præstari velit testator; et illo nominatim adjecto, ut soli illi præstetur. V.

Ex genere personæ, si mentione facta sanguinis, aut necessitudinis, filio, aut amico præstetur. VI.

I. Exonerandi fundi nostri caussa servitutes, quod tertium genus servitutum prædiorum rusticorum posueramus, vere item prædii servitutes habentur, utpote haetenus ad certam prædii utilitatem comparatæ. Ex hoc genere sunt hæ servitutes; ut liceat aquam, quæ in fundo est, sulco aperto, educere in fundum vicini. *L. qui duo*, 29. *D. de servit. rust. praed.* Ut fructus fundi nostri in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *L.* 3. in pr. *de servit. rust. præd.* Ut mihi, cujus lapidicinæ fundo vicini immittent, jus sit terram, rudus, saxa jacere ibique posita habere: et, ut lapides in vicinum fundum provolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur, *ead. L.* 3. in pr. Atqui nihil horum cum in alieno factum fuerit, ad prædii nostri utilitatem postea refertur. Sed ante necesse est in fundo nostro ista haberi, et partem fundi nostri occupare, nisi educantur. Quæ quo plura erunt in fundo, eo minus libere et com

modo fundo nostro utemur. Vel hoc ipsum igitur ex fundi utilitate, ut fundus his liberetur, quo futurum est, ut fundo liberiore uti liceat.

II. Unum ex his genus est commune tam prædiis urbanis, quam rusticis. Earum servitutum scilicet, quæ accessum habent ad nostrum; puta iter, actus, via, aquæductus. Hæc per alienum ut fundum, ita aream nobis cedi possunt, non tantum ad fundum, sed et ad ædes nostras, ut servitus ædibus debeatur, sitque ea servitus urbani prædii. *L. servitutis*, §. 1. *D. de ser. urb. præd. L. iter, D. comm. præd.*

III. Sed quod ad omnes servitutes prædiorum diligenter præcipiendum et tenendum sit: hoc loco monendi sumus, ita superiora jura esse prædiorum servitutes, nisi id actum sit, ut personæ tantum tribuerentur. Quod si actum erit, etiam si omnia natura rei ad servitutem prædii concurrant; personæ tamen servitutes erunt, non prædii: eoque ad alias personas non transibit servitus. *L. 4. D. de serv. rust. præd.*

IV. Personæ jus datum, partim intelligitur ex verbis ipsis constitutæ servitutis, partim ex genere personarum colligitur.

V. Intelligitur ex verbis, eum, ut loquitur Papinianus in *d. L. 4. eod. testator*, qui legavit servitutem, *personam demonstravit, cui servitutem præstari voluit. Cui voluit præstari* sic accipe ἐμφατικῶς cui voluit soli, nominatim hoc adjecto ut personæ demonstratæ solum vellet præstari. Non autem hanc significationem habet, ut si cui certæ personæ nomine suo demonstratæ, puta Titio, testator iter per fundum suum legaverit, ideo hæc non sit servitus prædii. Alioqui cum nomen fideicommissarii semper demonstrari oporteat: *L. 4. D. de reb. dub.* eveniet, ut servitute prædii utiliter legata, nunquam tamen sit servitus prædii, sed personæ, quia dicetur persona legatarii seu fideicommissarii esse demonstrata. Erit igitur personæ servitus, cum testator ita legavit: Titio actum per fundum meum Tusculanum præstari volo, dum sciat soli sibi datum, non aliis. At hoc modo erit servitus prædii, cum simpliciter ita legat; Titio iter per fundum meum do lego, seu præstari volo, quamvis Titii nomen expresserit. Nam et pacta in personam esse dicuntur, cum paciscor, ne a Titio dumtaxat petam: In rem autem et generaliter ad omnes pertinentia, sive paciscor generaliter, ne petam; sive paciscor, ne a reo petam, nulla addita particula taxativa. Nam et hoc casu non minus heredibus cautum intelligitur, nisi aliud actum esse contra probetur. *L. jurisgentium*, §. *pactorum*, *L. nisi*, *D. de pact. L. si pactum*, *D. de prob.* Quod in leganda servitute multo magis intelligendum est; ubi legatarii nomen legati constituendi caussa necessario additur, non aliarum personarum excipiendarum gratia. Quod cum fit in pactis, constat ne tunc quidem pactum esse personale, *d. L. jurisgentium*, §. *pactorum*, in fin. *de pact.*

VI. Ex genere personarum jus personæ datum colligitur, cum pro affectu sanguinis, necessitudinis, amicitiæ, servitus alicui constituta est liberalitatis caussa. Quod fit, cum filio, cognato, amico sub hac ipsa conjunctionis et affectus demonstratione jus alicui datum est: veluti, cum pater filiæ iter per domos hereditarias præstari voluit. Quo casu idem Papinianus respondit iter ad heredem non transmitti, addita ratione, quæ ad omnem similem affectus caussam pertineat; ne, inquit, quod affectu filiæ datum est, hoc et ad exteros ejus heredes transiisse videatur. *L. pen. D. de serv. leg.*

C A P. IX.

De acquirenda prædii servitute. Acquiri tunc, cum recte constituta est. Constitui Natura, aut Externo facto. Natura in una specie, et qua. Extra hanc non constituta externo facto servitute, res omnium dominorum esse liberas, ut et in his quidvis dominus facere possit invito vicino, etiam cum incommodo ejus, dum in alienum nihil immittat: et neminem in suo quid facientem cogatur pati. Utrumque præter quam si quid jure publico excipiatur. Id quibus in caussis, et quam paucis fiat. Tunc privatim ista minui cum externo facto servitus erit constituta. Constitui hoc facto partim aliena constitutione, partim usu et possessione nostra. Constitui aut a judice, aut a privatis. A judice, obi. In privatorum justa constitutione tria spectari, Personam constituentis, Personam acquirentis, et Constituendi modum. Ac de personis tum constituentis, tum acquirentis.

Transitio, methodus, et propositum auctoris. I.

Non potest esse servitus, nisi prius constituatur; nec acquiri aut haberi, nisi constituta. II.

Constituitur servitus aut natura, aut facto. III.

Natura una servitutis species duntaxat, et quæ. IV.

Res omnes natura liberæ. Duæ libertatis partes. V. VI.

Ut quidvis in re sua dominus facere possit, nisi, qualenus vetet jus publicum. VII.

Ut nihil ab alio immissum factumve in suo, etiam a socio; nec quemvis ibi versantem cogatur pati. VIII. IX.

Facto constituitur servitus aut nostro, aut alieno. Quale utrumque. X.

Aliena servitutis constitutio est aut Judicis, aut privati. XI.

Judex servitutem constituit in tribus judiciis: quæ illa: et quatenus, et quando constituat. XII.

Privati constitutio constat persona constituentis, et acquirentis, et constituendi modo. XIII.

Persona constituentis est prædii dominus, et quidem solus. XIV. XV.

Non in re communi socius. XVI.

Secus in ususfructu; et Quare. XVII.

Nisi tamen rei communis constituatur servitus a dominis simul et eodem tempore; aut si diverso: ea tamen lege, ut posterius cedens perinde habeatur, ac si cum priore cessisset; quod quale sit, explicatur. XVIII.

Quid: quando duo separatim legant rei communis servitutem. XIX.

Quid: quando cessio aut non ab omnibus dominis facta, aut ab omnibus: sed non ita, ut perinde sit, ac si omnes eodem tempore cesserint: an sit utilis adversus eos qui cesserint, et quatenus. XX.

Acquirentis servitutem eadem plane condit o idemque jus, quod constituentis. Et hæc quale sit, exponitur. XXI. XXIV. XXV.

Contrariis occurritur. Et servitus constituta, aut quæsita sepulcro, et futuro ædificio defenditur: illa quo jure sit: hæc qualenus constitui, et acquiri possit, explicatur. XXII. XXIII.

Acquirere et imponere servitutem possunt Emphyteuta et superficiarius, et quo jure. XXVI.

An idem duorum prædiorum dominus possit uni ex duobus prædiis imponere, et alteri acquirere servitutem; et qualenus. XXVII.

I. His de servitutibus prædiorum cognitis, habemus, quod de re proposita initio constituendum fuit, non solum quid sit in universum servitus prædii: sed etiam cum ad species ventum est, quæ sint species ejus generis. Quorum prius definitione, posterius divisione servitutum hujus generis effectum est. Quibus tamen rebus hoc usque adhuc assequimur tantum, ut norimus, quæ res pro servitute prædii esse possint: at non illud etiam, servitutem esse natam, quam quærimus. Deest hoc etiam nunc ad servitutem efficiendam, ut quæ res jure pro servitute prædii esse potest, etiam recte ad eum usum constituatur. Quam ideo et quartam caussam servitutis hujus generis supra posuimus tanquam servitutis efficientem. Et recte: nam cæteræ res ante esse possunt, quam alteri acquirantur. Servitus prædii non prius, quam fuerit constituta; id est,

uni prædio imposita, et alteri prædio quæsita, ut definitione complexi sumus. Superest igitur in his caussis, ut de hac constitutione cognoscamus. Quod extremo loco faciendum esse mihi ideo præscripsi, non solum quia hæc constitutio servitutem perficit; sed etiam quia eadem opera docet, quomodo fiat, ut servitus ipsa nobis haberi incipiat, sive quomodo acquiratur.

II. Sit ergo hoc primum nobis positum, servitutem prædii non prius exsistere, et et a nobis haberi, quam recte sit constituta. De constituendi ratione ita scriptum est in *L. via, D. de servit.* hujus generis servitutes, ut viam, iter, actum, aquæductum iisdem fere modis constitui, quibus et usumfructum constitui diximus. Recte fere. Non enim modi etiam generibus ipsis per omnia conveniunt. Quod si etiam singulorum generum partes spectabimus, tum vero multis harum servitutum constitutionem distare reperiemus. Quamobrem de hac constitutione in hoc genere necessario separatim dicendum est.

III. Constituitur servitus prædii in alieno partim natura, partim externo facto.

IV. Quæ natura constituatur, una (1) est. Ea est, quam inferior fundus semper debet superiori, ut natura profluentem aquam excipiat; statu fundorum ita natura comparato, ut hoc incommodum naturaliter patiatur inferior a superiore. Quam servitutem ne inferior moleste ferat, sic res ad æquitatem ejusdem naturæ revocatur, ut jubeatur inferior ager hoc incommodum compensare cum alio commodo. Nam et ad eum omnis pinguitudo terræ decurrit per aquam. Æquum igitur, ut et aquæ incommodum ad eum defluat. Hæc ad istam sententiam Ulpianus in *L.* 1. §. *pen. et ult. D. de aq. plu. arc.*

V. Extra hanc servitutem nulla res servit natura: ut si qua servitutem debet, necesse sit externo aliquo facto servitutem esse constitutam. Id ita plane intelligetur, si ante omnia statuerimus, quod res est, et multis argumentis rerum huc spectantibus comprobatur sub titulis hujus argumenti, omnes res privatas, cum a superiore servitute aquæ profluentis discesseris, natura ac jure publico dominis suis esse liberas. Quod licet cernere in singulis partibus hujus libertatis.

VI. Consistit enim hæc libertas duabus in rebus, ut initio diximus in definitione servitutis; Una, ut liceat domino quidvis facere in re sua, dum in alienum nihil immittat. Altera, ut nihil ab alio immissum in suum aut projectum, neminem in suo consistentem, aut versantem cogatur pati, sed possit jure prohibere.

VII. Prius certum est, unumquemque posse in suo quidvis facere, dum in alienum nihil ammittat. *L. sicut.* §. *Aristo, D. si serv. vind.* Idque usque adeo concessum est, ut liceat etiam cum incommodo vicinorum, puta ædificare, quanvis officiamus eo facto luminibus vicini: nedum ea re prohibeamur, quia offecturi simus ejus prospectui, aut soli libero, vel vento ad perflatiles ædes efficiendas accomodato. *L. cum eo, D. de servit. urb. præd. L. altius, C. de servit.* Aperire puteum in nostro, quanvis (2) venas putei vicini præcidamus. *L. Proculus, D. de damn. inf.* Quæ tamen potestas in ædificiis interdum jure publico pro utilitate publica temperatur. Quod duabus in caussis receptum est, ut supra docui, in servitute altius tollendi. Nonnunquam enim lege civitatis certus modus altitudinis statuitur ædificiis. Ac supra hunc jure publico ædificare non licet invitis vicinis, alioqui intra eum modum semper liberum. *L. qui luminibus, L. cum eo, D. de serv. urb. præd.* Constitutione autem Justiniani perpetua et omnium locorum communi non licet in suo ædificare ex adverso areæ vicini, si area (3) ad terendum et ventilandum frumentum comparata sit, et ædificio ventus auferatur ad eam purgationem necessarius. *L. ult.* §. *ult. C. de servit.*

VIII. Posterius item non minus certum, nulli licere quidquam in alienum immittere; nulli in alieno versari. Quidquid horum in alieno contra fiat, dominum non cogi pati, sed jure suo posse prohibere. Ac de immissione jus late patet, nulli ut liceat ex suo quidquam in alienum emissum habere: non tignum immissum, non projectum: atque adeo non immittere a-

(1) De qua P. Greg. 4. *Synt.* 17. Sed Duar. *de Op. nov. nunc. C.* 3. *f.* 585. *et ad L.* 5. §. 9. *eod. tit.* hanc servitutem non esse hujus loci, nec de ea ICtos tractasse, dum materiam servitutum exposuerunt, sed de imposita.

(2) Modo tamen id principaliter faciat ad commodum suum, nec ad æmulationem vicini, et tantum ut illi noceat *L.* 1. §. 12. *de aq. Pl. arc. L.* 3. *de op. publ.* Gomez. *in L. Tauri* 46, *n.* 8. adde *N.* 2. *ad Lib.* 9. *Cap.* 9.

(3) Etsi non constituta fuerit servitus non arcendi ventum ab area, ut Hugolinus contra Joan. et Azonem, ref. Hotom. 8. *Obs.* 20. *in fin.*

quam, non fumum camino, ant tubulis in alienum apertis. *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *si servit. vind.* Plus dicimus: etsi paries meus sit in meo, si tamen ita ventrem faciat, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumbat: placet vicinum non cogi id ita projectum pati, et posse eum merum ita agere, jus non esse parietem ita projectum in suum esse invito se. *L. si quando*, in pr. *D. si serv. vind.* Ad hanc ipsam partem libertatis rei nostræ referri debet, quod sub *Tit. de servitutib.* toties legimus de jure socii in re communi: socium videlicet in re communi nihil posse facere invito socio: si faciat, socio prohibendi jus esse. *L. in re communi, D. de servit. urb. præd. L. an unus. D. si ser. vind.* Non parietem communem demoliri, non reficere, *L. parietem de serv. urban*, non aperire luminis immittendi caussa: *L. eos. eod.* non juxta parietem communem quidquam habere, sive cohæreat, sive admoto, paries corrumpatur, ut sunt exempla in *L. quidam*, *tota. L. fistulam. tota. eod.* Quæ ideo prohibentur, quia qui ista in re communi facit, non solus dominus est. Hæc enim ratio redditur in *d. L. parietem. eod.* Quæ non aliud significatur, quam fieri ista etiam in alieno, ibique immissa aut posita haberi; quod neminem in suo pati debere supra diximus; idque jus esse libertatis rei nostræ in re quaque. Itaque si quis roget, quid pertineat ad hunc tractatum de servitutibus, quærere de jure sociorum in re communi, quod potius ad obligationem et judicium communi dividundo referri debeat, ut et hoc tractatum est in *L. Sabinus, D. com. divid.* in promptu est ex iis, quæ modo dixi, quid respondeamus. Nempe huc pertinere, ut statuatur ea libertas, quam cuique esse diximus in re sua, ne quid ab alio immissum, projectum, factum in suo pati cogatur. Nam si ne uni quidem ex sociis, cujus pro parte res est, facere quidquam licet in re communi invito socio, et socio ut in re sua prohibendi jus est: facile hinc intelligitur, multo minus in re penitus aliena quidquam facere licere, multoque minus eum, qui solus dominus sit, id pati cogendum. Hinc fieri, quod posuimus, ut ab hac necessitate ista patiendi res nostræ omnes, etiam quæ pro parte nostræ sunt, sint liberæ. Quæ tamen in parte similiter ut in superiore, aliquando imminuitur hæc libertas jure publico utilitatis publicæ caussa. Quod fit in stillicidiis ædium. Interdum enim lex et status publicus ædificiorum ita est, ut liceat cuique civi stillicidia ædium suarum in alienum obversa habere, quæ et vicini mutuo recipere cogantur. De quo dixi in servitute stillicidii non recipiendi.

IX. Atque ut in alieno ædificare quid, aut moliri, aut positum habere non licet invito domino: sic ne illud quidem, invito eo in alieno versari, aut consistere. Quo rursum referri debet illud, quod est in *L. Divus, D. de ser. rust. præd.* non esse æquum in alienis prædiis invitis dominis venari aut aucupari. Quo maxime superior libertas ab usu rei nostræ prohibendi omnes confirmatur. Nam si quidquam in alieno agro licere debuit invitis dominis: id erat aucupari, aut feras bestias in eo venari: quippe quæ jure gentium fiant occupantis, quisquis eas cœperit, et quidem ita, ut nihil intersit, in suo quis cœperit, an in alieno. *L. 3. D. de acquir. rer. dom.* Quare si ne hoc quidem nomine jus est in alieno versari invitis dominis: perspicuum fit multo minus alia de caussa licere in alieno consistere, aut versari. Quorsum ergo hæc omnia hoc loco de jure domini in re sua, vel ut quidvis facere possit in suo, vel ut ne quid ab alio immissum, factum in suo, neve quem ibi versantem pati cogatur? ut intelligamus, quod dixi, una illa excepta superiore servitute aquæ ex superiore fundo profluentis recipiendæ, cæteris partibus omnes res natura dominis suis a superioribus oneribus aliorum esse liberas. At quorsum hic de libertate rerum, ubi institutus est sermo de servitutibus, et his constituendis? Plane ad rem, de qua quæritur. Nam si omnis res nostra libera est natura, cum ut possumus in re quidvis facere, tum ne in ea alium facientem pati cogamur: relinquitur, ut res nostra aliis serviat, vel ut aliena nobis, non fieri nisi externo aliquo facto constituta servitute. Idque est, quod supra posuimus, una tantum in specie aquæ profluentis ex alieno recipiendæ inferius prædium, et id quidem rusticum superiori rustico servire: cæteris omnibus aliis in rebus servitutem aliunde comparatam esse oportere.

X. Sed ut non nisi externo facto constituitur servitus; ita hoc modo constitui certum est. Constituitur autem hoc modo partim alieno facto, partim nostro. Alieno, dum alius pro jure suo constituit. Nostro, dum usu et possessione nostra nobis acquirimus, uno verbo usucapimus. Neque quisquam in hac usucapione constituendi verbum repudiet. Etsi enim non constituitur proprie, quæ a nobis usucapitur: tamen usu quæsita, jure pro imposita et constituta ha-

betur. *L.* 1. in fin. *D. de aq. p'u. arc. L. hoc jure. §. ductus, D. de aq. quot. et æst.*

XI. Aliena constitutio servitutis ita est, ut is, qui servitutem constituit. Duo sunt, qui servitutis alii constituendæ jus habent, privatus dominus prædii, et interdum judex.

XII. Judicis constitutio in hoc genere expeditior est. Ideo prius de ea dicemus. Potest judex servitutem constituere solum in judiciis divisoriis, familiæ erciscundæ, et communi dividundo: cum scilicet in dividendis pluribus prædiis unum uni adjudicat, alterum alteri. Tunc enim si in prædiis aliquod servitutem ab altero desiderare videbitur ad commoditatem divisionis; veluti ut per unum ire agere liceat ad alterum; ut ab uno liceat quid immittere in aliud; ut ne per unum alterius luminibus officiatur: potest judex unum alteri servum facere, id est, unum ita adjudicare, ut alteri prædio, quod adjudicatur alteri, illam aut illam servitutem debeat, uti res postulare videbitur. Et notandum, id tum judicem facere posse, cum utrumque prædium adjudicat. Quod si unum prædium uni pure et simpliciter adjudicaverit, aliud postea adjudicando amplius servitutem imponere non potest. Hæc summa hujus constitutionis, quam cognoscere licet ex *L. item Labeo, §.* 1. *D. fam. erc. L. ut fundus, D. com. divid.*

XIII. Privati constitutio tribus rebus constat; persona constituentis: persona acquirentis; et constituendi modo. Sic enim hæc constitutio servitutis prædii rata est, si constituta sit servitus a quo oportet, cui oportet, et quomodo oportet.

XIV. In persona constituentis hoc quæritur, ut is servitutem constituat, et imponat prædio, qui prædium habet, ut est in *L.* 1. *D. commun. præd. §. ideo, Inst. de servit.* id est, ut qui constituit, sit (4) prædii dominus. Hoc enim est, quod aliis verbis traditur a veteribus, neminem alieno prædio, seu ædibus, seu fundo imponere posse servitutem. *L. si quis duas,* 5. in fin. pr. *L. si cum duas,* 8. *com. præd.* Ex quo est, quod placet monumento servitutem imponi non posse, ne ab eo quidem, cujus est sepulcrum; veluti ut ad certam altitudinem monumentum ædificetur; ut certus numerus hominum in uno loco humetur. *L.* 4. *com. præd.* Quippe monumentum res religiosa est. Res religiosæ non sunt in bonis nostris. *L. in tantum, §. sacræ, D. de rer. divis. d. L.* 4. Quibus consequens videri poterat, ut nec possit quisquam ædificio suo futuro imponere servitutem: quia futurum ædificium nemo habeat, nemo futuri ædificii sit dominus: cum futurum ædificium adhuc non sit. Unde primum nata hic dubitatio. Placuit tamen nihilominus futuro ædificio, quod nondum est, imponi servitutem posse. *L. si servitus, §. ult. de servit. urb. præd.* Quam hoc priori sententiæ conveniente, merito dubitatur. Sed de eo dicemus in commune, cum dixerimus de persona constituentis et acquirentis: quoniam et de servitute futuro ædificio acquirenda idem jus est, et in eo eadem dubitatio et communis.

XV. Non tantum eum qui servitutem constituit, dominum prædii esse oportet, sed et solum dominum, non pro parte indivisa.

XVI. Unus ex dominis prædii communis servitutem imponere non potest, ne pro parte quidem sua. *L.* 2. *D. de servit. L. unus. D. de serv. rust. præd.* Neque hoc aliunde efficitur, quam quod alienæ rei servitus prædii imponi non potest. Nam in re communi quæ partes sociorum dicuntur, jure esse intelliguntur; natura partes non sunt. Sunt enim corpore indivisæ. *L.* 5. *D. de stip. servor.* Ideo inter se ita confusæ, ut una esse non possit sine altera, nemo unam attingere, qui simul attingat alteram. Ea res facit, ut nemo ex dominis rei communis possit servitutem imponere parti suæ, quin imponat simul et alienæ. Effectum est autem, neminem alienæ rei posse servitutem imponere. Quo fit, ut nec possit unus ex dominis imponere (5) suæ parti, non utique propter eam partem, sed propter alienam, quæ onerari non potest. Et hoc est, quod aliis verbis dicitur a veteribus, servitutem per partes, seu pro parte dominii imponi non posse. *L. si quis duas,* §. 1.

(4) Quid de eo qui proxime dominus futurus; et an heres legatæ, maritus rei dotalis, fructuarius etc. et de similibus, vid. Cæpolla *de Servit. urb. C.* 14. et Ant. de Padilla *ad L.* 3 *C. h. t.*

(5) Per partem imponi nequit ab uno socio, ut valeat via ad fundum pro ejus parte. Quia pars illius non continetur regione certa, sed fusa per totum fundum, ut necesse sit servitutem parti acquisitam in totum fundum diffundi. Et servitus est jus in corpore; partis indivisæ nullum subest corpus, quia non est, sed intelligitur, ita Cujac. 6. *ad Afric. in L.* 31. *h. t.* subdens hæc tantum locum habere in fundo communi, nec posse accommodari ad proprium. Quis enim sanus ad prædii proprii partem, tertiam forte, pro indiviso impositurus vel acquisiturus servitutem, vid. et Hot. 7. *Obs.* 1.

com. præd. ubi partem indivisam rei communis accipere oportet. Nam diviso fundo inter aliquos regionibus, potest quivis ex dominis suæ parti imponere servitutem. *d. L. si quis duas.* §. 1. *com. præd. L. ad certam, D. de servit.* Sive quod pars divisa non est pars fundi, sed fundus. quæ ratio redditur in *d. L. si quis duas.* §. 1. sive quod in partibus divisis non est periculum, ne qui suæ imponit servitutem, imponat etiam alienæ: cum partes nihil inter se habeant conjuncti aut commune. Tantum autem hoc nunc agitur, ne quis alienæ rei servitutem imponat.

XVII. Hoc aliter observatur in usufructus. Is pro parte non tantum divisa, sed et indivisa recte constituitur. *L. 5. D. de usufr.* Id est, etiam in re communi pro indiviso unus ex dominis recte pro parte sua usumfructum constituit alii, ut fructuarius concurrat in partem ususfructus cum cæteris dominis rei communis. Atqui hic eadem obstare videtur partium rei communis conjunctio. Sive enim in re communi imponitur ab uno ex dominis servitus prædii; sive imponitur ususfructus, qui est servitus personæ: semper partes rei communis eædem sunt, id est, indivisæ; eoque inter se ita conjunctæ et confusæ, ut non possit in una quidquam fieri, quin fiat simul in altera. Sed ea res non impedit, quominus et in parte ita indivisa et corpore confusa constituatur ususfructus. Hic enim non res, in qua constituitur servitus, dissimilitudinem facit, sed servitus constituta. In utroque genere servitutis semper partes rei communis sunt indivisæ eodem modo: qui constituitur, res dividua est, et quæ pro parte etiam indivisa prædii dividi potest: servitus prædii res (6) indivisa, quæ ut partes rei communis sunt indivisæ; sic et ipsa in sese divisionem non recipit. Hoc eo fit, quod ususfructus progreditur ad fructus percipiendos; atque adeo in his percipiendis omnis ejus utilitas consistit. Porro hi fructus inter socios pro numero personarum etiam corpore postea dividi possunt. Quare merito propter utilitatem dividuam, quæ inde percipitur, etiam ususfructus ipse dividuus habetur. Propter hanc enim utilitatem est ususfructus. At servitus prædii consistit solum in usu, eoque ipso consumitur, nihil relinquens corporale post usum, quod possit corpore dividi inter socios. Jam vero hic usus est indivisus. Quo fit, ut sit et ipsa indivisa servitus. Ratio reddita in *L. viæ. D. de servit.* Usu et commoditate servitutis indivisa constituta, fit locus superiori sententiæ, ut nemo unus ex sociis servitutem imponere possit parti suæ, quin necesse sit imponi eamdem alienæ. Quod posterius cum jus non concedat, etiam prius admitti oportuit, ne liceat etiam suæ imponere.

XVIII. Quod tamen dicitur unam ex dominis rei communis servitutem imponere non posse, nec pro parte sua; sic accipiendum est, si solus constituat. Diversum est, si omnes constituant servitutem. Et quidem si simul et eodem tempore cedunt omnes, convenit recte constitui non secus, quam si unus propriis suis ædibus servitutem imponeret. *L. si quis duas. §. item si duo. D. com. præd.* Merito: sic enim fit, ut omnes imponant servitutem non alienæ parti, sed suæ; et præterea imponant eodem modo, quod fieret, si unus rei propriæ imponeret servitutem. Hic enim imponeret semel, et eodem tempore. Nunc autem et hic plures constituunt eodem tempore. Quod si omnes separatim et non pariter cedant: receptum hoc quidem, dum placet; quandiu posteriores non cedunt, priores cessiones pendere: posterioribus autem cedentibus, novissima (7) cessione superiores confirmari. *L. per fundum, D. de servit. rust. præd.* Sed receptum hac lege, quæ explicatur a Paulo in *L. ult. D. com. præd.* ut, posteriore cedente, perinde sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Id autem ille fieri docet ad hanc sententiam, ut velit quædam spectari in persona prioris cedentis; quædam in persona posterioris. In eo qui prius cessit, hoc exigi, ut tempore posterioris cessionis is vivat adhuc, et partem suam veterem obtineat. Sic enim fit, ut cum hæc concurrent, possit rursum eodem tempo-

(6) Ita et Govean. vid. *N. 1. ad Lib. 10. C. 24.* Aliter. Hot. *7. Obs. 1. pr.* quia fundus partim liber; partim servus esse non magis possit quam homo, cujus status individuus *L. 9. de Lib. Cap.* vid. Eg. Baro *Lib. 2. de divid. et indiv. oblig. C. 2.*

(7) Quod ex æquitate usu fori receptum, ut per tuitionem prætoris fidem in pactionibus datam servantis servitus sustineatur, contra mei juris rationem, qua stipulatio non ex incerto futuri temporis eventu vires capit, sed ex præsenti tempore ac statu. *L. 137. §. 6. in fin. de V. O.* Et ultima cessio æque ac prima infirma est, nec igitur priorem confirmat, quia nec imponit cedens servitutem pro parte sua, cum servitus sit individua, nec pro parte socii simul; cum alterius conditio deterior per alium reddi nequeat. Hot. *7. Obs. 1.* vid. et Jo. Superior *in L. 2. de servit. n. 8.* A. Fab. *19. Conject. 16.*

re servitutem cedere, si velit. Quod cum est, non exigimus ab eo, ut cedat, quod jam fecit: non exigimus, ut cedat eodem tempore, quia cum possit id facere, non prohibet natura, quominus id ita factum fingamus, et, ut propius ad Pauli conditionem accedamus, nihil prohibet, quominus perinde habeatur, atque si iterum factum esset. Unde merito in hac facultate iterum cedendi, remissum ei ait, ne nunc iterum cedat, quod constat etiam nunc ab eo per naturam fieri posse. Quod si prior iste aut ante defunctus est, aut vivus partem suam alienavit: posteriore cessione non constituetur servitus, nisi novi domini, qui priori socio successerunt, iterum cedant: quia non potest prior natura perinde haberi, quasi tempore prioris cessionis cessisset, cum eo (8) tempore, etsi vellemus, cedere servitutem non posset. In persona ejus qui postremus cedit, hoc exigit, ut is idem sit, qui fuit tempore prioris cessionis, et eamdem partem retineat. Nempe quia ita fit, ut et hic posterius cedens perinde possit haberi, quasi et tempore prioris cessionis ipse quoque cesserit, cum et tum potuerit, et nunc cum eodem priore possit. Quod si idem vel defunctus sit postea, vel partem suam alienarit: novi domini ejus partis eamdem servitutem postea cedendo, nihil agunt, nisi prior qui prius cesserat, iterum cedat: quia is non possit videri simul cum his posterioribus cessisse, qui tempore prioris cessionis cedere non potuerunt.

XIX. Quod in duobus sociis, qui separatim cedunt, hoc in duobus qui separatim legant servitutem, evenerit; ut si (9) pariter eorum adeatur hereditas, utiliter constituatur servitus: quasi scilicet ambo eodem tempore constituerint. Si diversis temporibus, nullum sit legatum. Nec enim, inquit Paulus, sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est. Intellige in hac specie, cum in his, qui cesserunt, et tempore posterioris cessionis vivunt, possit is, qui prius cesserat, adhuc redire, et eamdem servitutem cedere. Quod non item in iis, qui servitutem legarunt, et defuncti sunt, dici potest: ubi qui prior decessit, nunquam eveniet, ut eum posterioris legati dies cedet; possit redire, ut eodem tempore cum posteriore constituat servitutem. Hæc sententia est *d. L. ult. D. com. præd.*

XX. Etsi autem non imponitur servitus prædio communi ulla ex parte, cum unus ex dominis tantum cessit servitutem, aut cesserunt quidem omnes, sed non ita, ut perinde sit, quasi omnes eodem tempore cessissent: tamen priorum cessio non plane est inutilis. Non prodest ad servitutem constituendam. At prodest adversus eos, qui cesserunt, ut pro recte constituta habeatur. Quos placet vetare nos uti cesso jure non posse. Hoc enim benignius dici Celsus scribit in *L. per fundum, D. de servit. rust. præd.* Nempe propter conventionem, quam æquum est ex generali edicto servari adversus eos, qui pactiona constituerunt servitutem. *L. juris gentium §. ait. D. de pact.* Quid ergo, si qui prius cesserant, prohibeant nihilominus nos cesso jure uti? Quomodo consequemur ne impediant? Non utique actione in personam, qua petamus servitutem nobis dari. Non enim hic de danda et constituenda servitute nunc agitur, sed de cessa et constituta obtinenda. Ergo servitutem cessam adversus eos qui cesserunt, si nos impediant, vindicabimus, tanquam ab iis recte constitutam. Sic enim in rem actio est de servitute nobis jure quæsita. *§. æque, Inst. de act.* Dicent non recte vindicari, quia jure non sit constituta. Sed cum constet eos cessisse; necesse erit ipsos vinci, nisi aliquid adferant, cur constitutio non valeat. Erit igitur hæc exceptio, ut dicant se quidem cessisse: sed nondum alios socios. Ad hanc vero exceptionem parata est (10) replicatio pacti et

(8) Novissima enim cessio non retroducitur ad priorem, sed prior ad posteriorem. Et fingitur qui prius cessit, etiam tempore novissimæ cessionis cedere. Necesse est igitur ut superstes in eodem statu permanserit, ne fictio sit monstrosa aut impossibile contineat. Hot. 7. *Obs.* 2. §. A. Fab. 19. *Conject.* 16. Non retrofictio hic sed fictio, quæ priores fictiones tantisper in suspenso retentas in tempus ultimæ cessionis protrahit. Facilius finguntur omnes cessisse tempore quo nemo superest qui jam non cesserit, quam quo nemo, excepto uno, cessit. Ac cedit quod sit in potestate novissime cedentis, an cessio prioris valere debeat. Superior in *L.* 2. *de ser. n.* 8. Rursus igitur si in prioris locum alios successit, pendebit novissima successio, dum novus socius, prioris successor cedat.

(9) De quo et cur magis requiratur ut utriusque hereditas pariter adeatur, quam ut pariter uterque decedant, vid. A. Fab. 19. *Conject.* 16.

(10) Nec enim æquum ut cuiquam liceat contra proprium factum venire eo prætextu, quod alii nondum fecerit id, quod fieri ta-

doli mali; qua exceptio infirmetur: ut dicamus, at vos cessistis, et voluistis recte constitutam servitutem, sive alii cesseriot, sive non cesserint. Conventioni vestræ vobis standum est. Replicatio ex edicto generali de pactis sumpta, quo placet pacta omnia de re privata inter aliquos valere saltem ad exceptionem. *L. juris gentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact.*

XXI. In acquirentis persona idem jus per omnia, quod in constituente, idque inde nascitur. Nam ut servitus prædii non imponitur nisi prædio; ita constituta, nisi prædio non acquiritur, nec debetur nisi prædio. *L. liberto.* §. *ultim. D. de neg. gest. L. unus, D. de serv. rust. præd.* Ut igitur nemo potest imponere servitutem, nisi qui prædium habet, et prædii dominus est: sic nemo acquirere, nisi qui item habet prædium, cui servitutem acquirat. *L.* 1. *D. com. præd.* §. *ideo*, *Inst. de servit.* Quod rursum in usufructu non exigitur; atque adeo exigere ineptum sit, cum usufructus sit servitus personæ, non prædii. Ut prædium habeat, qui acquirit, cum exigimus: hoc exigitur, ut sit prædii dominus, qui prædio acquirit, similiter ut qui imponit prædio servitutem. Idque est, quod generali definitione de utroque complexi sunt veteres, cum ita definiunt, alienis ædibus, et generaliter alieno prædio neque imponere servitutem quemquam posse, neque acquirere. *d. L. si quis duas*, in fi. pr. *L. si cum duas. D. com. præd.*

XXII. Impeditur tamen hæc sententia duarum rerum jure, sepulcri, et futuri ædificii: quæ cum videantur a nullo domino posse haberi: placet nihilominus his servitutem acquiri posse. Itaque hic locus est, in quo oporteat de his non admoneri, et quale jus sit, cognoscere: ne aut superiore sententia decepti in his repudiemus servitutis acquisitionem: aut hac admissa, ideo superiorem sententiam falsam putemus. Quorum utrumque ad illius sententiæ explicationem pariter pertinet. Sepulchrum ergo rem religiosam esse constat, et quia religiosa est, nullius esse in bonis. *L. in tantum*, §. *sacræ. de rer. divis.* §. *nullius*, §. *religiosum, Inst. eod. tit.* Qua de caussa nec sepulcro servitutem imponi posse supra diximus. Cur non igitur ex superiore regula eadem ratione dicamus nec nos sepulcro posse servitutem acquirere? Placuit tamen etiam post religionem, id est, postquam locus humatione defuncti religiosus factus est, servitutem sepulcro acquiri posse: non tamen omnem, sed tantum servitutem itineris ad sepulcrum. *L. servitutes prædiorum*, §. 1. *D. de servit.* An quod hæc servitus excipienda est religionis caussa, quia alioqui sine itinere ad sepulcrum, nullus esset sepulcri usus? Et hoc quidem aliquid: atque hoc admisso recte hanc exceptionem superiori regulæ subjiceremus. Sed Paulus aliter in *d. L. servitutes*, quia, inquit, *servitus itineris ad sepulcrum privati juris manet*: ideo et post religionem sepulcri acquiri hæc servitus potest: atque adeo et domino fundi servientis remitti. Ea res privati juris, quæ est privata, et ejus, cui privatim quæsita est. *L.* 1. *D. de rer. divis.* Non est autem servitus itineris privata, nisi quæ solo privato debetur: quoniam servitus prædii, cui inhæret, conditionem sequitur. Ut si sepulcro deberetur, eam quoque divini juris esse oporteret, ut sepulcrum, non privati. *L. via.* §. *si fundus, D. de serv. rust. præd.* Significat ergo hac ratione Paulus ideo servitutem itineris ad sepulcrum recte acquiri, quia et hæc servitus rei privatæ acquiratur, non ei, quam quis non habet in bonis. Quam rationem apparet spectare ad removendam tacitam objectionem, quæ ex superiore sententia nascebatur. Quæreret enim aliquis, quomodo acquiri possit servitus sepulcro ab eo, qui cum locum non habet in bonis: cum placeat neminem acquirere posse servitutem prædii, nisi qui prædium habeat, et sit prædii dominus. Occurrit ille, et ostendit nihil hic adversus id jus fieri. Servitutem enim hanc, etsi est ad sepulcrum: primo tamen acquiri rei privatæ: quo fiat, ut et ipsa sit juris privati. Quod et verum est. Intelligi enim debet in extremo sepulcri, seu religiosi loci, tantum relinqui privati, quanto opus est ad accedendum, item ad iter constituendum, et acquirendum ad sepulcrum. Quod et propter utilitatem religiosi loci admittendum est. Alioqui (11) privato jure ad locum religiosum accedere non liceret; atque ita inutile constitueretur sepulcrum contra loci ipsius religionem atque usum.

XXIII. Quod attinet ad futurum ædifi-

men postea potest. A. Fab. *d. loc.* Alter autem socius usu servitutem prohibere potest, Cujac. 6. *ad Afr. in L.* 32. *R. F.*

(11) Cui et hoc datur ut vicinus justo pretio iter præstare a prætore compellatur *L.* 12. *pr. de relig.* de quo Forner. 1. *Select.* 9.

cium, quod in area nostra paramus; est id quidem privatum, et nostrum, cum exstructum erit. Sed de futuro agitur: futurum certe nondum est, eoque nec diri potest quisquam futurum ædificium habere aut ejus dominus esse. Itaque non alis re quis putet consequens esse superiori sententiæ, ne futuro ædificio imponi possit servitus, aut acquiri. Dices nihil hic esse impedimento: quoniam si quæ imponetur aut acquiretur futuro ædificio; ea tunc solum habebitur pro constituta, cum ædificium exstructum fuerit. Sed hoc erit servitutem imponere et acquirere ædificio præsenti, non futuro. Nunc autem de futuro ædificio, ut dixi, quærimus. Placuit tamen nihilominus futuro quoque ædificio, quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitutem posse. *L. si servitus*, §. *ult. D. de serv. rust. præd.* Quod ita fit. Ædificaturus in mea area, possum constituere vicino jus immittendi tigni in eas ædes, quas exstruxero. Quæ constitutio hanc vim habebit, ut cum ædes ædificatæ erunt, exinde statim servitus tigni immittendi constituta intelligatur sine nova cessione et traditione. Quasi traditio et constitutio præcesserit ædificium, unde et dicitur in futurum ædificium collata: sed vim suam exerat tunc primum, cum ædificium esse cœperit, in quo consistat. Et contra, ædificaturus, ne frustra ædificem, aut cum incommodo meo; possum mihi cavere a vicino; et servitutem acquirere, ne ædes suas altius tollat; ne luminibus futuri ædificii mei officiat; vel ut futuri ædificii mei stillicidia recipiat in suas ædes. Quod ille si constituerit, hoc consequar, ut, exstructo ædificio, statim utraque servitus superior ædificio meo deberi intelligatur. At hoc qui potui imponere aut acquirere ei prædio, quod tum non habui, ac ne habere quidem potui per rerum naturam, cum nondum esset? Sane ipsi per se non potui, repugnante tam aperte natura. Sed imponetur jam nunc, aut acquiretur servitus (12) areæ presenti, et cujus sum dominus: sic deinde areæ imposita aut quæsita manabit eodem jure ad ædificium, quod postea imponetur. Idque jure publico et gentium; quo ædificium sequitur conditionem soli. *L. adeo*, §. *cum in suo, D. de acq. rer. dom. L. Paulus*, §. *domus, D. de pign. act.* Hac ratione et paretur juri superiori, cum is servitutem imponet et acquiret, qui prædium habet: et simul verum erit servitutem imponi et acquiri futuro ædificio, dum ei imponitur et acquiritur per intermediam aream, quæ prius servitutem acceperat. Stat igitur hæc sententia, neminem servitutem acquirere posse prædio, nisi qui prædium habet, et prædii dominus est, uti nec imponere.

XXIV. Neque hoc satis. Etiam eum, qui acquirit, solum dominum esse oportet, ut et eum, qui imponit. Unus ex dominis (13) communi prædio servitutem acquirere non potest. *L. proprium*, 5. in fin. *D. com. præd.* Idque est rursum, quod veteres in commune de constituente et acquirente statuerunt, per partes; seu pro parte dominii servitutem ut imponi non potest, sic nec acquiri posse. *d. L. si quis duas*, §. 1. *com. præd. L. pro parte, D. de servit.* Non alia de caussa, quam quod illud receptum est, alienæ rei servitutem acquiri non posse. Hic enim idem evenit, quod in constituente, ut nemo ex dominis rei communis possit parti suæ servitutem acquirere, quin et quærat parti sociorum, id est, alienæ. Quare si alienæ non potest, efficitur, ut nec possit suæ.

XXV. Sed et hæc pars easdem exceptiones habet, quas in constituente supra diximus. Quod enim dicitur unum ex dominis servitutem rei communi acquirere non posse, et hoc sic accipiendum est, si unus aut plures, non omnes acquirant. Quod

(12) At resistit quod in *d. L.* 23. §. 1. ut et in *L.* 10. *R. P.* dicitur ipsi ædificio acquiri vel constitui. Et quod, quia area vacua ædificio, non est prædium urbanum, nec servitutem urbanam ei quæri possit. Voli. in §. 3. *Inst. h. t.* distinguit inter servitutem ipsam, quæ constitui possit, nondum extructis ædibus *dd. ll.* et exercitium ejus, quod haberi nequit. Servitus enim, ut ipsa juris fictio est, ita et fingitur, ait, domum exsistere. Exercitii autem, uti facti, nulla fictio.

(13) Nec pro parte sua, quia fundus pro parte servire nequit, nec pro parte sociorum, quia per liberam personam alteri non acquiritur, Hotom. 7. *Obs.* 1. Duar. *ad L.* 2. *h. t.* add. Coras. *ad L.* 2. *h. t. n.* 8. At cur socii adjectio vitiat stipulationem, extranei non vitiat, sed pro supervacuo, ut stipulans sibi soli solidam servitutem acquirat? Vinnl. 2. *Ver. lect.* 5. Resp. id ex natura servitutis inde videæ. Quando sibi et extraneo stipulatur, in sua persona stipulatio integra utilis, cumque extraneo nihil quærere possit, nec suam partem, totam sibi quærit. Cum vero communi fundo stipulatur, socio quoque stipulatur, cui non potest: Sed nec potest stipulanti servitus tradi quin ob communionem socio quoque data videatur *L.* 19. *R. P.*

si acquirent omnes: si simul, recte constituta est servitus. *d. L. si quis duas. §. item si duo, com. præd.* Si separatim et diversis temporibus, idem juris erit; dum et hic, posteriore acquisitione secuta, perinde haberi possit, quasi omnes simul acquisiissent. Quod hic ita fit, si priores, qui acquisiverunt, tempore novissimæ acquisitionis adhuc eamdem servitutem admittere una possint, si velint, dum et vivunt, et partem suam veterem obtinent. Item si postremus, qui acquirit, is sit, cui fuerit tempore prioris acquisitionis, ut et eodem tempore ipse acquirere posset, si vellet: et cum eodem nunc possit is, qui prius acquisivit, dum ambo vivunt et partem veterem suam obtinent. Hæc rursum in acquirentis persona sententia. *d. L. ultim. D. com. præd.*

XXVI. Illud in utriusque domini persona imponentis et acquirentis servitutem, meminisse oportebit, dominum hic nos sic accipere, ut contineatur etiam ii, qui effectu propemodum dominii jus habent, emphyteuta, et superficiarius. Etiam hi imponere servitutem possunt, ille fundo emphyteutico; hic ædibus superficiariis. Non quidem ipso jure: attamen eam, quam prætor utilibus actionibus in rem, ut et cæteras servitutes, tuetatur. *L. 1. §. ultim. D. de superf.* Quod si hi possunt imponere servitutem ut rei suæ: multo proclivius est intelligi etiam eos superioribus rebus posse acquirere. Sed sive veri domini erunt, sive quasi domini, qui servitutem constituent, semper intelligi debet in omni constitutione duos hos esse oportere, quorum unus prædio suo acquirat, alter suo imponat servitutem.

XXVII. Cæterum nemo idem, qui duo prædia habeat, quanvis maxime utriusque sit dominus, alterum alteri servum efficere potest, alteri ut acquirat servitutem, alteri imponat. Alioqui futurum esset, ut res sua domino serviret: quod natura non patitur. *L. quidquid, D. com. præd.* Sane duorum prædiorum dominus unum tradendo, potest traditioni legem dicere, ut vel retentum servum sit ei, quod traditur, vel traditum retentio serviat, et recte alterutri erit imposita vel quæsita servitus. *L. si quis duas,* in princ. §. 1. vers. *plane,* et §. *ult. D. com. præd. L. fundus,* 32. *L. cum esset, seq.* in princ. *D. de servitut. rust. præd.* De retento prædio non dubitatur, cum ejus vere sit dominus, qui retinet. De tradito dubitari merito potuit. Nam et tunc cum id tradit, etiam hujus est dominus, ut hac ratione non possit ei res sua servire. Aut si id alienum esse dixeris, multo minus alieno vel acquiri, vel imponi servitus potuit. *d. L. si quis duas,* in fin. princ. *L. si cum duas, com. præd.* Sed dicendum est, tradito fundo, alieno acquiri vel imponi in hac specie servitutem, cum in id tempus acquiratur vel imponatur, quo prædium accipientis futurum est, ut est in *L. fundus.* 32. *de serv. rust. præd.* neque ideo alieno non recte imponi, vel acquiri; quia cum consentiente novo domino id fiat, potius videtur ab eo acquiri et imponi. Quod si quis duo prædia sua simul et eodem momento duobus tradat, non potest efficere alterum alteri servum. Isto enim modo vere alienis prædiis imponeret et acquireret servitutem: quod fieri non potest. *d. L. si quis duas,* in fi. *com. præd.* Diversis temporibus si tradit, ante traditionem posterioris peractam recte (14) ei servitutem acquiret vel imponet. Sic enim suo magis acquirit et imponit. Eaque hæc sententia. *L. si quis duas, com. præd.*

(14) Vid. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 4.

CAP. X.

Modum constituendæ servitutis prædii inter privatos ita esse, ut constituatur aut suprema voluntate, aut pactionibus. Neque ex die, neque sub conditione, neque ad diem aut certam conditionem hoc genus ipso jure constitui posse; et hoc quid sit: In usufructu omnia contra servari; et quare. Servitutis tamen constitutioni et modum utendi, et utendi intervalla adjici posse: et quid horum utrumque. In servitute pactionibus constituenda etiam ad pactionem traditionem servitutis accedere debere. Quæ hæc, et qualis traditio. Neque tamen hanc rem impedire, quominus servitus futuro ædificio imponi possit et acquiri: item quominus possit ita constitui; ut aquam quærere in alieno, et inventam ducere liceat.

Modus constituendæ servitutis duplex, pactionibus, et testamento. I.

Testamento, aut etiam codicillis quomodo. Sola voluntate constituitur. II.

Pacto constituta requirit præterea traditionem. III.

Pacto constituta servitus ad certam diem et conditionem constitui non potest. IV.

Ex certa die, aut sub conditione servitutis stipulatio et promisso valet. V.

At constitui servitus ex certo die et sub conditione non potest: constituere et promittere servitutem quid sint; et quatenus differant. VI. VII.

Quid sit constituere ex certa die, aut sub conditione: exponitur L. 4. in princ. D. de servit. VIII. IX.

Et aliorum ad eundem locum interpretatio refellitur. X.

Servitus ex certo die constituta, aut sub conditione vindicari potest, et quare. XI.

Contrariis occurritur. XII.

Dies et conditio adjecta constitutæ servituti inutilis est ipso jure; *sed tamen adjecta utilis jure prætorio, et quatenus.* XIII.

Illa locutio: ipso jure *quam vim habeat.* XIV.

Pactio, ne constitutæ servitutis usus ante diem, aut postea vindicetur, rata est; et quare. XV.

Temporis jure ipso *adjecti inutiliter constitutæ servituti, et vindication a Papiniano dictæ cognitio ad tria est utilis, et quæ illa.* XVI. XVII.

Explicatur regula juris, seu L. nihil interest 112. D. de div. reg. jur. XVIII.

Superior definitio de jure servitutum cum adjectione temporis non obtinet in usufructu. XIX.

Hic ex die constitui potest, neque ante diem peti aut deberi potest; et quare. XX. XXI.

Immo et ad certam diem: et quæ ratio discriminis ususfructus a ceteris servitutibus et obligationibus. XXII.

Modus utendi adjicitur ipso jure *utiliter servituti; et quid utendi modus a die adjecta servituti differat.* XXIII.

Servitus discreta temporum intervallis non ad diem, aut tempus; sed ad modum utendi pertinet; et ex modo æstimatur XXIV.

Contraria diluuntur. XXV.

Usus servitutis, et domini constituentis patientia pro traditione habetur in servitutibus. XXVI.

Qualis hæc interveniat in servitute futuro ædificio acquirenda; aut aqua in alieno quærenda, aut in aqua ducenda quæ nondum inventa fuerit. XXVII. XXVIII.

I. Modus constituendæ servitutis in privata constitutione duplex, similiter ut in usufructu, ut in rebus etiam corporalibus omnibus voluntate domini trasferendis. Aut enim constituitur testamento, aut pactionibus, *§. ult. Inst. de servit. L. via, D. de servit.* juncta *L.* 3. in princ. *D. de usufr.*

II. Testamento; quamcumque servitutem ex superioribus leget testator alicui per fundum suum, aut in suas ædes, aut quamcumque jubeat heredem suum pati; ut sunt exempla *L. potest, D. com. præd. et d. §. ult. Inst. de servit.* Testamento cum dicimus, omnem voluntatem supremam intelligere debemus, quæ jure valeat: ut codicillos, quibus excepta hereditate non minus utiliter quid relinquitur. *Tit. de codic. Inst.* Habet hæc constitutio hoc proprium, ut unam rem ad constituendam servitutem desideret, testatoris voluntatem. Legata enim

servitus (1) statim acquiritur legatario etiam ignoranti sine ulla cessione aut traditione heredis. *L. si partem, D. quem serv. amit.* Jus commune eum omnibus rebus etiam corporalibus legatis; quas placet ab eo qui legavit, ad eum, cui legatæ sunt, recta via transire. *L. a Titio*, in fin. *D. de furt.*

III. (2) Pactionibus constituitur servitus, eum inter eum, qui debiturus est, et eum cui acquiritur, consensu id agitur, ut sit constituta servitus. Est enim pactio, duorum plurimve in idem placitum et consensus. *L. 1. D. de pact.* Sed desiderat hæc constitutio res duas, pactionem, et traditionem; jure similiter recepto in rebus omnibus etiam corporalibus consensu transferendis; quo jure nec voluntate domini inter vivos res transferertur sine traditione: *L. traditionibus, C. de pact.* nec traditione aliter, quam si justa aliqua caussa præcesserit, ex qua traditio sequatur. *L. nunquam, D. de acq. rer. dom.* Hæ caussæ sunt contractus et conventiones, quibus id agitur, ut dominium ad aliquem transferatur; ut emptio, venditio, permutatio, donatio, stipulatio, et similes. Quas easdem ad costituendam servitutem intervenire debere intelligimus *d. L. 3. in pr. D. de usuf. d. §. ult. Inst. de serv.*

IV. In hac conventione quæsitum, an eadem huic conventioni adjici possint, quæ cæterarum rerum conventionibus, obligationibus; puta dies et conditio. Idque propter ea, quæ de his scribit in constituenda servitute Papinianus in *L. 4. D. de servit.* Et cum tempus servituti adjiciatur aut inchoandæ, aut finiendæ: inchoandæ, ut eum promittitur, constituiturve ex die aut sub conditione: finiendæ, ut cum constituitur ad tempus, aut certam conditionem, veluti usque ad decem annos, aut donec navis venerit ex Asia: de posteriore tempore jus certum et commune cum reliquis omnibus conventionibus et constitutionibus rerum, ut ad tempus aut certam conditionem servitus ipso jure constitui non possit, quod Papinianus scribit in *d. L. 4.* Idem hoc ut dixi in cæteris. Nam nec alia obligatio quævis ad tempus constitui potest, atque adeo nec legatum ex voluntate testatoris. *L. obligationum fere vers. placet. D. de obl. et act. L. nemo, 55. D. de legat. 1.* Quippe ita jus est, ut quod certis modis constitutum est, id dissolvatur et finiatur contrariis, seu iisdem in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, D. de regul. jur.* At extra eas obligationes, quæ consensu solo contrahuntur, nullæ contrahuntur pacto. Ideo nullæ pacto finiuntur, *d. L. obligationum, de obl. et act.* Sic et servitus nulla (3) constituitur pacto, sed traditione, ut et res cæteræ, de quo postea. Non mirum, si constituta, pacto non finitur.

V. De priore tempore, quod inchoandæ servitutis caussa conventioni adjicitur; siquidem promittitur tantum servitus, non dubito, quin huic quoque promissioni et conventioni jus sit cum aliis omnibus commune. Omnis obligatio ex die et sub conditione recte contrahitur. *§. omnis, Inst. de verb. obl. L. omnia, 7. D. si cert. pet.* Non dubium, quin iisdem modis recte promittatur servitus, ut neque ante diem peti possit; neque ante quam conditio exstiterit, debeatur, ut est vis harum adjectionum. *L. cedere, D. de verb. signif.* Constat servitutem in stipulationem deduci posse. *d. §. ult. Inst. de serv. L. viæ, D. de serv. L. 2. §. ex his, D. de verb. obl.* Recipiet ergo hæc stipulatio diem et conditionem: quæ duo omnis stipulatio jure recipit. *d. §. omnis, Inst. de verb. obl.* Sed et illud constat etiam eum viam promittere posse se daturum, qui fundum

(1) Et dies ejus a morte cedit, vid. Moller. *Lib. 5. Sement. Diff.* 58. Huc pertinet, *tit. D. de ser. leg.* in quo obscura L. 3. de qua Cujac. 1. *Obs.* 23. *et* 23. *Obs.* 11. Hot. 2. *Amicab.* 23. Henr. a Suerin. *Repet. lect. C.* 24.

(2) *L.* 33. *R. P. L.* 3. *L.* 5. *L.* 6. *comm. præd. L.* 19. *Quem ser. am.* scilicet contractuum vel traditionum, adjectis in continenti, non aliis, Cujac. 9. *ad Afr. in L.* 33, 8. *R.* Possunt quidem et precario concedi *L.* 3. *L.* 15. *§.* 2. *de precar. L.* 12. *pr. de relig.* Sed illæ non sunt proprie servitutes, ubi quandocunque libuerit, concedenti liberum est agere interdum de precario. *L. pen. comm. præd.* Cujac, 22. *Obs.* 37.

(3) *L.* 98. *de V. O.* ita et inter constitutionem ac promissionem servitutum distinguunt Cæpolla *de Serv. urb. C.* 21. *n.* 1. dicens; promissione non constitui jus in re, sed obligationem ac jus ad rem. Govean. 1. *Var. Lect.* 9. Corns. *ad L.* 4. (ipsi 3.) *de ser. n.* 25. Nic. Valla *de Reb. Dr.* 7. *n.* 2. *et* 3. quia et promissio obligat eum qui præstare nequit ad id, quod interest, uti et Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 11. Pec. 3. Q. 51. Bronch. 2. *Ass.* 2. Vult. *in pr. I. de usufr. n.* 5. Non autem placet quod idem *in §. ult. I. h.* 1. distinguit quoque constitutionem quæ fiat conventionibus vel ultima voluntate, ab acquisitione seu translatione; quæ per quasi traditionem vel patientiam domini. Nam quando constituta est servitus utique jam exsistit; Nec igitur fingi potest non acquisita. Rem autem promissam non est necesse existere, modo exstitura speretur.

non habet. *L. heredes. §. contra, D. fam. erc.* Non potest hæc datio intelligi, nisi in prædio, quod erit promissoris: quoniam alius dare servitutem non potest, quam qui prædium habet. *§. ideo, Instit. de servit.* Proinde nec aliter promissio intelligi, quam ut insit tantum temporis, intra quod prædium acquiri potest, et traditio servituti sequi. *§. ult. Inst. de verb. obl.*

VI. Quod si de constituenda servitute agitur, hic videri potest Papinianus diversum quiddam tradere a regula superiore omnium conventionum. Ait enim servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque sub conditione constitui posse. Idque ita accipiendum significat, ut quemadmodum ad tempus constituta nihilominus post tempus vindicari potest: sic constituta ex tempore, etiam ante tempus et statim possit vindicari. Inutiliter quidem, si exceptio opponatur: sed tamen possit ipso jure. In quo an non statim occurrit, fieri id adversus legem superiorem, quæ in omni obligatione contrahenda, et promissione diem et conditionem recipit? Minime.

VII. Aliud est enim promittere, aliud constituere servitutem. Idque vel inde statim potest intelligi, quod promittere servitutem potest, etiam qui prædium non habet, ut dixi, *d. L. heredes. §. contra, D. fam. erc.* constituere nemo, nisi qui habet prædium. *§. ideo, Instit. de servit.* Et vis verborum id declarat. Promittere enim servitutem, est promittere se daturum. Constituere servitutem est jam nunc imponere, efficere, ut jam nunc sit quæsita. *d. L. 1. com. præd. d. §. ideo instit. de servit.* Qui promittit, nihil dat, sed obligat se, ut det. *L. ubi autem, §. ultim. D. de verbor. oblig.* Qui constituit, tradit, ut sic statim servitutem faciat accipientis; quæ non acquiritur sine traditione, ut postea dicetur, *L. quoties ultim. D. de servit.* Cur ex die et sub conditione promitti possit jure, idque utiliter, facit conventio et ratio perpetua obligationum constituendarum. Hæ enim si sunt ex contractu, sunt etiam ex conventione. Nullus enim contractus, qui non habeat in se conventionem *L. 1. §. 1. D. de pact.* Proinde et actio in personam, quæ inde nascitur, ex contractu et conventione. *§. 1. Inst. de act.* Est autem plane absurdum, quæ obligatio et actio ex conventione est, eam cosititui et dari contra conventionem. At cur non idem teneamus in constituenda servitute; cum nec constituatur sine conventione, atque adeo hæc ipsa diei et conditionis adjectio non possit esse, nisi ex conventione: unde et ad hanc partem a nobis refertur? Id eadem ratione fieri reperiemus, qua placet servitutem semel constitutam fieri perpetuam, nec tempore adjecto finiri. Sic enim res habet, et hoc Papinianus sentit, ut servitus ex die aut sub conditione non dico promissa sed constituta, etiam ante diem et conditionem statim constituta intelligatur, et acquisita prædio. Quod si verum est; sequetur sua sponte, ut et statim possit vindicari, nec dies aut conditio prohibeant.

VIII. Prius autem ita esse, ut diximus, ita intelligetur, si scierimus, quid sit constituere servitutem ex die, quid constituere sub conditione. Servitus ex die constitui intelligitur, cum ita constituitur, ut jam nunc sit constituta et debeatur prædio, sed ea uti, eamve petere non liceat, nisi ex die certo, puta ex Calendis illis. Hoc modo, iter tibi constitutum est per fundum meum, sed ita ut jus tibi sit ire duntaxat ex Calendis Juliis. Quod dicimus exemplo obligationis in diem contractæ, quæ tunc in diem seu ex die esse dicitur, cum statim pecunia debetur, sed petitio differtur in diem, *§. omnis, Instit. de verbor. oblig.* Congruit definitio sententiæ Papiniani. Vult enim Papinianus servitutem ex die constitutam, ante diem ipso jure vindicari posse. Non est vindicatio, seu in rem actio confessoria de servitute, nisi de servitute nostra, *L. 2. in princ. D. si servit. vind.* Nec vero nostra servitus esse potest, nisi prius constituta et tradita. *L. quoties, ultim. D. de servit.*

IX. Constituere servitutem sub conditione scio maxime proprie dici posse, ut sit constituere servitutem adjecta conditione, sub qua servitus constituatur, non ante. Nam et promittere aliquid sub conditione est promittere adjecta conditione, ex qua incipiat deberi, nec ante debeatur. *§. sub conditione, Instit. de verb. obl. L. cedere, D. de verb. sign.* Sed et tradere possessionem sub conditione dicimur, cum ita tradimus, ut non ante fiat accipientis, quam conditio extiterit. *L. qui absenti, §. 1. D. de acq. poss.* Sed hæc significatio sententiæ Papiniani non convenit. Vult enim, ut dixi, Papinianus, servitutem sub conditione constitutam, etiam ante, quam conditio exstiterit, vindicari posse. Quod dici non potest nisi de servitute ante diem constituta et quæsita prædio. Quod ergo sententiæ Papiniani hoc loco consentaneum sit, dicemus id quod Joannes apud Accursium, constituere servitutem sub conditione, esse jam nunc quidem constituere: sed adjecta conditione, in quam usus servi-

tutis et vindicatio differatur; hoc modo: Iter tibi est per fundum meum, hac lege tamen ut tibi ire liceat, si navis ex Asia venerit: scilicet ut neque ante, quam conditio extiterit ea servitute uti possis, ne omnino uti, si conditio defecerit. Hanc quidem definitionem sententis Papiniani exigit, ut ante ostendi: cum non possit ante conditionem vindicari servitus, nisi prius constituta et debita prædio: nec possit videri ante constituta, nisi eam definitionem admittimus, quam dixi. Si exemplum quærimus, congruit omnino definitio superiori. Nam si recte dicitur servitus constitui ex die, quæ constituitur adjecto die, in quem usus differatur: par est eam dici sub conditione constitui, quæ constituitur adjecta conditione, in cujus eventum idem usus differatur. Non me fugit contra dici posse, ex hac definitione (4) usum differri, non servitutem: cum hanc dicamus constitutam etiam ante, quam conditio extiterit: Papinianum autem loqui de servitute ipsa constituta sub conditione, non de dilato servitutis usu. Sed satis videtur ipsa servitus differri in casum et sub conditione, cum differtur ejus usus in eam conditionem: quemadmodum non videtur rem dedisse, qui perfecte non dedit. *L. cum quis*, *§. qui hominem D. de solut.* Quod præcipue in servitute contingit, cujus vis sola est in utendo. *L. viæ. D. de servit.* Utcumque est, ut maxime dicatur alibi res constitui sub conditione, quæ ita constituitur, ut non sit constituta, nisi exsistente conditione: tamen hoc loco non ea mens est Papiniani, qui servitutem sub conditione constitui sic accepit, ut vellet statim vindicari posse, ac proinde statim esse constitutam. Quod non aliter fit, quam si ita sit constituta, ne liceat ea uti, eamve petere, nisi sub conditione.

X. Nam illa quorumdam defensio hoc loco recipi non potest, ut concedamus etiam servitutem ipsam constitutam sub conditione ita, ut nulla sit servitus nisi conditione existente: verum ideo conditionem inutiliter adjici ipso jure, quia servitutes prædiorum debent habere caussas perpetuas. *L. foramen, D. de serv. urb. præd.* Non enim animadvertunt, etsi quis illis concederet, usu servitutis interrupto, caussam servitutis fieri non perpetuam: tamen ista ratione effici servitutem hoc modo constitutam nullam esse, eoque nec ante conditionis eventum eam vindicari posse, quæ nulla est, nedum constituta. Id quod est aperte contra Papiniani sententiam, qui ideo servitutem sub conditione constitui posse negat, non quia nulla sit servitus, eoque inutilis servitutis constitutio; sed quia ita sit jure ipso servitus constituta, ut possit etiam ante conditionem vindicari. Sed et illud quod volunt ideo servitutis caussam perpetuam non videri, quia ex conditione aut die usus ejus suspendatur, verum non esse ex eo constat, quod servitus ita constitui potest, ut necontinenter ea utamur, sed certis tantum intervallis temporum, et quidem ita, ut servitus hoc modo recte constituta etiam ipso jure intelligatur. *d. L. 4. §. ult. de servit.* Quare, si volumus servitutem ex die aut sub conditione constitutam utiliter ipso jure constitui ita, ut et ante utrumque tempus vindicari possit, quæ sententia Papiniani est: redire cogimur ad eam definitionem, quam dixi, ut servitus ex die aut sub conditione constituta intelligatur Papiniano, quæ jam nunc ita constituta est, ut ejus usus in diem aut sub conditione differatur.

XI. Quo posito, jam incipiet constare ratio, cur placeat eam etiam ante diem, aut conditionem ipso jure vindicari posse. Nempe enim in utraque constitutione hoc accidit, ut si servitus juxta conventionem peti non possit: nihilominus tamen ex eadem conventione sit constituta statim in præsentia etiam ante diem et conditionem. Ex eo statim vindicatio sequitur. Meminisse enim oportet servitutem prædii semel constitutam acquiri prædio, cui constituta est, eique deberi, non personæ. *L. liberto*, *§. ult. D. de neg. gest. L. unus*, *D. de serv. rust. præd.* Prædiu semel quæsita, fieri non potest, quin certa ratione juris civilis vindicari possit ab eo, qui dominus est prædii, cui inhæret. Servitus enim prædii (5) sequitur conditionem prædii ejus, cui debetur. *L. via*, *§. si fundus. D. de serv. rust. præd.* Quare ut prædium domini est, et ab eo vindicari potest: sic et servitus ejus prædii, quæ eodem jure habetur. Idque est, quod dicitur, actio-

(4) Sic objicit Vult *ad pr. I. de Usuf. n.* 5. cum de constitutione servitutis quæritur, male interpretes respondere de servitutis exercitio.

(5) Ita fere et Briss. *Lib. 2. de Solut. Tit. de Acceptilat. pag.* 377. Constitutione servitutis, ait, qualitas fundo imprimitur *L.* 86. *de V. S.* quæ semel insita hæret, nostra ut voluntate non possit non insita videri. Bronch. 2. *Ass.* 3. ita: In servitute facto patientiæ præsentaneo opus, quo servitus imponatur. Semel autem imposita habet caussam continuam et perpetuam. vid. et Coras. ad *L.* 4. *h. t. n.* 25. Jo. del Castillo *Contr. quotid. de Usufr. C.* 14.

nes de servitutibus eorum esse, quorum sunt prædia. *L. 1. D. si ser. vind.* Sed et hac ipsa lege efficitur, ut servitus prædio debita, sit ejus, cujus est prædium. Sic enim et conditionem prædii sequitur. At nihil certius jure, quam eum cujus res est, rem suam vindicare posse hoc ipso, quod ejus est. *L. actionum, D. de obl. et act.* Quinimmo vindicare rem aliquam nihil aliud est, quam suam esse intendere. §. 1. in fin. juncto. *§. appellamus. Inst. de act.*

XII. Nec obstat conventio, qua id actum est, ut non ante diem aut conditionem servitus peteretur. Etsi enim edicto generali *de pactis* placet omnem conventionem, quæ de re privata est, servari: tamen hæc exceptio est ipsius edicti verbis comprehensa, nisi conventio sit contra jus, *L. juris gentium. §. ait prætor, L. contra. D. de pact. L. pacta. 6. C. eod.* At est contra jus, si conveniat, ne domino rem suam vindicare liceat; non minus, quam si conveniat, ne liceat domino rem suam alienare. *L. pen. D. de pact.* Dominii enim hæc jura sunt propria, vindicatio rei suæ, et alienandi potestas, quæ non inhibeatur lege, ut conventione hæc detrahi nihil aliud sit, quam convenire, ut dominus ne sit dominus. Quod maxime de vindicatione dicendum est. Nam si vindicare est, ut dixi, intendere rem suam esse: natura exigit, ut is cujus res vere est, possit etiam eam vindicare, quia potest affirmare id, quod res est, nempe rem esse suam. Quapropter pacisci, ut servitus sit alicujus, et tamen non liceat hoc ipsum dicere, quasi ejus non sit: aperte pactio est contra naturam, negans postea id quod prius posuerat. Quæ si ita sunt: apparet quod ante posui, qua ratione fit, ut servitus ad tempus constitui non possit, quia semel constituta et tempore non finita fieri non potest, quin sit nostra, eoque et a nobis possit vindicari: eadem plane ratione fieri, ut ex die aut sub conditione non possit constitui, quin ante tempus jure vindicetur; quia scilicet et ante tempus fuerit constituta, eoque et facta prædii. Quam proinde vindicari posse necesse est.

XIII. Ex quo et illud jam potest intelligi non esse mirum, si servitus ex die aut sub conditione promissa, ut res alia quævis, ante diem aut conditionem peti non potest: constituta autem adjecto die aut conditione, in quæ usus differatur, non possit ante peti et vindicari. Differentiæ ratio expedita est. Actio enim in personam de re debita, est ex conventione. Actio in rem de re constituta et nostra, est ex dominio nostro. Quod ex conventione est, non potest locum habere contra conventionem. Quod ex dominio nostro id non modo recte habetur pro jure dominii, quamvis secus convenerit: sed etiam convenire, ne habeatur, naturæ dominii ac proinde juri adversatur. Quam ob caussam et pactio est inutilis. *d. L. penult. D. de pact.* Sed hæc ita sunt, inquit Papinianus, ipso jure. Cæterum si quid horum adjicietur, pacti vel doli exceptione occurretur contra placita servitutem vindicanti. Significat superiora inutiliter adjici jure civili, quia nihilominus hoc jure et ante tempus et post tempus præfinitum servitus constituta possit vindicari. Sed adjici utiliter eo jure, quo placet conventionem ita servari, ut vindicatio exceptione summoveatur. Id jus prætorium est, cautum edicto de pactis, quo placet omnem conventionem quatenus juri non refragetur, inter privatos de re privata et familiari servari. Valere autem si non ad actionem, at semper ad exceptionem, qualis desideratur in hac specie, *d. L. juris gentium, §. sed cum nulla, et §. quinimmo, D. de pact. L. in bonæ. C. eod.* Hinc adversus vindicationem servitutis jure civili constitutam comparata exceptio vel pacti, vel doli mali. Pacti, quia convenit, ne ante diem, aut post diem servitus peteretur. Doli mali, quia dolo facit, quicumque id petit, quod quavis exceptione elidi potest. *L. 2. §. et generaliter. D. de dol. mal. exc.*

XIV. Quid est ergo ipso jure? Jure civili, utpote quod distinguitur a jure prætorio juxta divisionem juris traditam in [*L. jus autem, D. de just. et jur.* Atque ita usurpatur jus ipsum, quoties a prætorio secernitur, ut sæpe alias in usu juris. Ut *L. in caussæ, 2. D. de min. L. si ususfructus, §. illud, D. usuf. quem. cau. §. actiones autem, Inst. de act.* Ipsum jus per excellentiam, quasi dicas ipsum illud jus, quod vere et proprie jus est. Id autem est jus civile. Nam prætorium magis ab initio conniventia populi Romani jus fuit, quam prætorum auctoritate, qui condendi juris potestatem non habuerunt. Quod indicatur in *§. quos autem, Inst. de bon. poss.* Atque hinc natum, quod jus prætorium dictum est viva vox juris civilis in *L. nam et ipsum, D. de just. et jur.* Vox, quia interpretatio: dum hoc significatur interpretandi magis juris civilis caussa admissa edicta prætorum, quam condendi. Sed de vario usu et significatione horum verborum, *Ipso jure*, scripsimus in universum, et ex professo ad *§. actiones autem*, in extremo *Inst. de act.*

XV. Atenim quomodo in proposito servatur pactio adversus jus civile: cum dicimus

edicto ipso partionem, quæ sit contra jus, non servari? Non sane hic servatur, quatenus adversatur juri civili, sed quatenus non adversatur. Illud contra jus est, ne liceat domino intendere rem suam esse, quæ vere ejus est, id est, uno verbo, ne liceat ei rem suam vindicare. Quo fit, ut id effici non possit conventione, non ex edicto quidem prætoris. Sed non est contra jus pacisci, ne dominus jure suo, et sua vindicatione utatur. Et hactenus diei adjectio in costitutione servitutis est utilis. Valet enim, non ut ne sit vindicatio servitutis ei, cui constituta est, sed ut si vindicatur contra placita, id est, ante aut post diem, vindicatio exceptione pacti vel doli mali repellatur.

XVI. Etsi autem servitute ita ex tempore aut ad tempus constituta, non potest ea vindicari utiliter ante aut post tempus constitutum propter exceptionem: non tamen inutile est nosse ipso jure eam utroque tempore vindicari posse, et hactenus adjectionem temporis esse inutilem, quod Papinianus tradit, et in quo explicando laboratur. De cujus differentiæ usu etsi alias copiose scripsimus ad *L. 5. C. de pact.* tamen cum inciderit utilitas hujus loci, nihil vetabit, quod illic in genere scriptum est, ad hanc speciem paucis accommodare, quo sententia Papiniani hoc loco paulo obscurior magis illustretur. Prodest vero id intelligi, quod dixi, ad tria.

XVII. Primum, ut norimus exceptionem istam, quæ jure prætorio datur, initio in lite contestanda opponendam esse. Alioqui futurum, ut procedat vindicatio adversus eum, qui neget servitutem constitutam. Sic est conditio exceptionum: ut prosint in judicio, et actionem summoveant, initio eas contestari oportet. *L. siquidem, L. præscriptionem, C. de exc.* Deinde ut servitute ex die aut ad diem constituta, si forte convenerit postea, ut ea ante aut post diem uti liceret, sciamus jam tum servitutem utiliter et ante et post diem posse vindicari, quod alioqui hac conventione effici non potuisset. Nam si constitutione servitutis statim et perpetuo nata est, licet ea jure quandoque experiri. Cui si objicitur exceptio prioris pacti: exceptio posterioris pacti replicatione eliditur, atque ita fiet, ut vindicatio prius jure constituta, etiam æquitate pacti defendatur. Placet enim pacta novissima servari. *L. pacta novissima, C. de pact.* sic autem in universum servari omnia, ut prosint saltem ad exceptionem. *L. in bonæ, C. de pact. L. jurisgentium, §. sed cum nulla, D. eod.* Proinde et si opus est, ad replicationem; quoniam replicatio nihil aliud est, quam exceptio actori competens. *L. 2. §. 1. D. de exc.* Quod si fingeremus, servitute ex tempore constituta, diem ipso jure utiliter adjici, eoque servitutem ipso jure ante diem vindicari non posse: quantumvis conveniret postea, ut statim servitute uti liceret, inutilis esset conventio, neque liceret ullo modo servitutem ante vindicare. Non enim liceret ex priore constitutione, cum fingeremus diem ipso jure utiliter adjectum; neque rursum ex conventione posteriore, quia ex pacto non nascitur actio. *L. legem, C. de pact. d. L. jurisgentium, §. sed cum nulla,* et *§. quinimmo D. eod.* Postremo quod exceptione tantum pacti hic vindicatio removetur, hunc effectum habet hujus speciei pene proprium, ut si prædium, cui servitus imposita est sub conditione, aut ad conditionem, interim sit usucaptum, exinde confirmetur vindicatio ei, cui servitus constituta est, adversus eum, qui usucepit, ut cui pactum prodesse non possit cum alia persona interpositum, cui non successit. *L. si unus, §. pacta* in fi. *D. de pact.* Nam alioqui pactum cum auctore factum etiam successori ejus prodest, puta emptori, et donatario, quod cum venditore aut donatore interpositum sit. *L. si tibi, §. pactum, D. de pact.*

XVIII. Quod ergo dicitur regula juris, nihil interesse, utrum quis ipso jure actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest, D. de reg. jur.* De eo dicitur, et vere, qui exceptione usus est. Quod ne fiat, tribus his modis accidere potest. Nam primum potest exsistere is, cui exceptio pacti cum alio interpositi non competat, ut in specie tertia superiore. Potest etiam ab eo, cui competit, judicio omitti. Potest denique et exceptio ipsa in judicium deducta novissimi pacti contrarii ante litem contestatam interpositi replicatione infirmari. Quibus in caussis non obstat regula superior, quominus plus sit in eo, quod ipso jure non valet, quam in eo, quod ipso jure valet, sed per exceptionem infirmatur.

XIX. Atque hoc ita jus est in servitutibus, ut loquitur Papinianus in *d. L. 4. de servit.* id est, in servitutibus prædiorum; quæ, ut ante aliquoties diximus, ita specialiter per excellentiam appellantur: ut pote vere servitutes, quæ semel constitutæ, prædio cohærent, et prædium sequuntur, fiuntque, ut prædium perpetuæ: *L. via, §. si fundus, D. de serv. rust. præd. L. cum fundus, D. com. præd.* cum personales servitutes una cum persona extinguantur, præter alios multos modos, quibus finiri eas

placet. Superius ergo ita jus est in servitutibus prædiorum. In usufructu omnia contra observantur.

XX. Ususfructus ex die constitui potest. *L. 4. D. de usufr.* et quidem ita, ut quanvis constitutus sit ex die certo, tamen non modo peti et vindicari non possit ante diem ipso jure, sed nec ante ipso jure debeatur. *L. 1. §. ult. D. quand. di usufr. leg. ced.* Jure non modo a servitutibus prædiorum diverso, sed etiam præter naturam omnium obligationum semel constitutarum. *L. obligationum*, vers. *placet. D. de obl. et act.* Cur hæc tam varie; et cum in omnibus his eadem sit constitutio, et conventio contrahentium diem adjicientium: cur in eadem caussa idem non recipitur effectus, in eadem ratione non jus idem, contra omnem æquitatis rationem? *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Recte hoc quæreretur, atque adeo reprehenderetur etiam, si quidem hic caussæ essent similes. Sed longe alia caussa est constituti ususfructus, alia cæterarum servitutum. Atque adeo cæterarum rerum etiam in obligationem dumtaxat deductarum: ut hic non conventio et constitutio istarum rerum dissimilitudinem faciat, sed res ipsa constituta. Ususfructus ex die constitutus ejusmodi est, ut non possit ullus esse ante diem natura sua. Etsi enim et ipse est servitus, eoque et jus, ut servitutes prædiorum: jus est tamen in faciendo consistens, id est, utendo fruendo; ea lege, ut prius non sit, non constituatur, nec prius dies ejus cedat, quam quis frui possit. *d. L. 1.* in princ. et *§. 1. D. quan. di usuf. leg. ced. L. hereditas, 2. D. de acq. rer. dom.* At cum is ex die constitutus est, fructuarius ante diem frui non potest. Facta enim futura ut natura, ita et jure suspendi possunt, ne scilicet prius id facere liceat, quod in diem dilatum est, quam dies faciendi constitutus venerit. Unde et re aliqua ex die promissa, etsi obligatio, quæ juris est, constituitur statim: petitio tamen, quæ est facti, recte in eum diem differtur. *d. L. cedere, de verb. sign. d. L. centesimis, D. de verb. obl.* Et generaliter actus viventium suspendi receptum esse Paulus scribit in *L. ult.* in fin. *com. præd.* Quare ususfructus ex die constitutus, etiam si maxime fingeremus verbis ipsis constitutionis usum tantum ejus juris in diem dilatum esse, tamen ante eum diem, quo persona frui potest, nullus est.

XXI. Ea res facit, ut nec possit vindicari, qui non est. Neque enim ulla vindicatio esse potest ejus rei, quam is, cum quo agitur, nec possidet, nec dolo malo desiit possidere. *L. qui petitorio*, in pr. *D. de rei vind.* Idque jus et in confessoria de usufructu actione observatur. *L. ult. D. si usufr. pet.* Eadem res facit, ut nec debeatur ususfructus ante diem constitutum. Nam et in obligationibus ipsis rerum constituendis hoc obtinet, ut res futuræ, quæ in rerum natura non sunt, promissæ aut legatæ debeantur non in diem tantum, sed sub conditione, si in rerum natura esse cœperint; veluti cum fructus fundi promittuntur aut legantur. *L. 1. §. ult. D. de cond. et dem.* Quod autem debetur sub conditione, ante quam conditio exstiterit, nec debetur. *d. L. cedere, de verb. sign.* At servitus prædii constituta ex die, etiam ante diem consistit, et prædio cohæret. Non enim consistit in facto personæ, id est, utendo; sed in jure prædii; quod semel constitutum statim acquiritur prædio, cujus caussa constitutum est; et cum in eo consistat, non expectat utentis factum, ut ex illo esse incipiat. Si servitus ex die constituta etiam ante diem prædio quæsita est, et ei inhæret: fieri non potest, quin ut prædium ipsum, sic servitus, quæ prædii est, possit jure ab eodem domino vindicari, ut supra ostendimus.

XXII. Plus habet dubitationis, quod placet usumfructum ad tempus constitui posse, ut qui jam ante ab initio recte constitutus erat, et cœperat, tamen ipso jure tempore finiatur. Nam ne obligationes quidem, si ad tempus constitutæ sint, quanvis constet esse personales, tamen tempore finiuntur. *d. L. obligationum fere*, vers. *placet, de obl. et act.* Cur ergo magis finiatur ususfructus ad tempus constitutus, etsi hunc personæ cohærere fateamur? Reddidi jam supra hujus rei rationem, cum de amittendo usufructu ageretur. Sed quod ad explicandam harum rerum differentiam pertineat, vera illa et certa ratio est, eadem quæ supra, quod ususfructus consistit in facto personæ, id est, in fruendo. Facta ut suspendi possunt in diem, ne ante sit faciendi facultas: ita et ad diem constitui, ut tantisper facere liceat: post diem autem faciendi facultas desinat. Quocirca ususfructus ad tempus constitutus, post tempus finitur; quia factum fruendi desiit, sine quo non est ususfructus. Finitur autem non tempore, sed interitu rei, ut suo loco diximus. Contraria natura servitutis prædii. Hæc cum sit in jure prædii, ita prædio co-

ret, ut quemadmodum prædium perpetuum est, ita et servitus huic inhærens (6) sit perpetua: nisi dum ipsa consistet, et erit in rerum natura, tempore solo, id est, pactione, quæ tempus statuit, finiatur. Quod non placuit. *d. L. obligationum*, vers. *placet, de obl. et act.*

XXIII. Hoc jure posito, diem servitutis constitutioni ipso jure adjici non posse, quin et ante et post diem servitus possit vindicari: quæsitum est de modo servitute utendi, num et is servitutibus non possit adjici ipso jure: ut quod juris est in die, idem sit et in modo. Et placuit non idem juris esse. Diem supra negaverat Papinianus servitutis constitutioni adjici posse. De modo ita subjicit in *d. L.* 4. §. *modum, D. de servit.* modum servitutibus adjici posse constat: servitutibus, id est, servitutum constitutioni. Veluti in itinere, ut quis eat pedes, non equo vectus: in actu, ut certa pecora transducantur; in via, ut certo genere vehiculi quis utatur; in aquæductu, ut quis aquam ducat tubulis, non rivo aperto, aut contra: quibus exemplis ex parte ille utitur in *d. L.* 4. §. *modum.* Hæc cum dicat Papinianus adjici posse servitutibus, significat utiliter adjici ipso jure, id est ita, ut nec ipso jure liceat alio modo servitute uti, aut eam vindicare, contra quam prius in die adjecto responderat. Cur ergo hoc aliter fit in modo, quam in die? Quia servitus ex die aut ante diem constituta, etiam ante et post diem constituta intelligitur, ut docuimus. Constituta autem ad certum modum, ultra eum modum non constituitur. Nam cum concedo tibi ire pediti, non concedo ut equo eas. Cum concedo, ut illo genere vehiculi utaris, non concedo, ut alio; quin potius cætera prohibeo. Itaque ultra modum constitutum non est servitus. Ejusque rei certum argumentum est, quod cui ad certum modum servitus constituta est, si alio modo tantum sit usus, placet eum servitutem non utendo amittere. *L. is cui*, 11. *L. si communem*, 10. §. *ult. D. quem. ser. am.* Quod sane non alia ex ra fit, quam quod alio modo utendo non est usus constituta et sua servitute. Porro contra jus est, servitutem recte constitutam, quæ cum prædio nostra facta est, non licere nobis ut nostram vindicare. Non est contra, sed maxime secundum jus, servitutem, quæ nostra non est, quia non est constituta, vindicari non posse.

XXIV. Hac differentia inter diem et modum servituti adjectum constituta, quæsitum est de intervallis temporum servituti adjectis, referri ne debeant ad tempus, an vero ad modum, ut hinc quoque de effectu juris judicetur. Ut puta, servitus ita constitui potest, ut aquam per fundum meum tibi ducere liceat certis horis diei, non continenter: interdiu, non noctu, vel alternis diebus, æstate, non hieme, aut contra. *L. via*, 5. §. 1. *de serv. L. si sic constituta, D. quem. ser. am. L.* 2. *D. de aq. quot. et æst.* Quæritur in his constitutionibus est similibus, utrum servitus tempus habeat, quale de die prius diximus, an vero modum, de quo proxime: scilicet ut si videatur hæc adjectio ad tempus pertinere, efficiatur etiam servitutem aliis temporibus ipso jure vindicari posse, qualem diei adjecti conditionem esse diximus. Contra si videatur pertinere ad modum, ne liceat servitutem alio modo vindicare, quod de modo dictum est. Et Papinianus de eo rursum ita definit in *d. L.* 4. §. *ult. de serv.* Intervalla dierum et horarum non ad temporis caussam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis. Ad temporis caussam, id est, ad tempus: caussa temporis, pro specie temporis. Ut caussa beneficii et contracti negotii, pro beneficio et negotio contracto in *L. interdictum, D. de prec.* Est autem hæc sententia: servitus ita discreta intervallis temporum ad utendum, ut supra scriptum est, non intelligitur constituta esse ex die aut ad diem: sed ad modum utendi constituta servitute. Sententia eo pertinens, quod dixi, ut intelligatur videlicet, nec alio modo uti servitute, aut eam vindicare ipso jure licere. At repugnant verba ipsa constitutionis, dixerit aliquis, quæ aperte de tempore, seu temporibus utendi exprimunt. Sed non facit tempus utendi, ut servitus seu servitutis constitutio tempus habeat, aut, ut loquitur Papinianus, ad tempus pertineat. Illa enim constitutio servitutis tempus adjectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipiat, aut finiatur servitus: id est, qua

(6) Hotom. *in L.* 5. *C. de usuf.* Quæ præsentem qualitatem imponunt, ut prædiales servitutes *L.* 98. *de V. S. L.* 12. *si serv. vind.* nec differri, nec tempore finiri possunt *L.* 34. *de adopt. L.* 33. *et seqq. de man. test.* Ususfructus autem non ad qualitatem prædii, sed ad jus personæ refertur. Nec igitur dicendum, cum Vult. *ad pr. Inst. de Usufr. n.* 5. nullam differentiæ rationem fuisse, quam quod Romanis ita placuerit, atque hic exemplum esse *l.* 10. *de LL.*

servitus ex die constituitur, aut ad diem, ut supra de die dictum est a Papiniano. Cum autem servitus ita constituitur, ut ea certis temporibus uti liceat, ea neque constituitur ex tempore, neque ad tempus: sed pura est, et perpetua constitutio. Tantum intermedium tempus utendi temperatur. Hoc temperamentum recte dicitur modus constitutæ servitutis.

XXV. Hoc ipsum est, quod aliis verbis traditur in *d. L. via. seq.* §. 1. *de servit.* usum servitutum temporibus secerni posse. Cui non adversatur, quod dicitur in *L. viæ. eod. Tit.* usum servitutum esse indivisum. Dici enim potest, aliud esse usum servitutis dividi, aliud secerni. Tunc dici dividi, cum unus et idem usus dividitur in partes discretas, quæ divisiu in usum et factum omne, quod post se nihil corporale relinquit, non cadit, eoque negatur recte in *d. L. viæ.* Si quis enim quid facit, in totum ita facit. Si non facit, in totum verum est eum non facere. Tum autem proprie usum diei secerni, cum sunt plures usus, puta plures aquæductiones, plures itiones, in quibus unus usus secernitur ab alio intervallis temporum: quod natura fieri posse manifestum est. Aut si cui hæc distinctio in verbis non placet: hæc certe, in re vera est distinctio, secundum quam utrumque recte dicitur, usum servitutis indivisum esse, et rursum dividi posse. Unus et idem usus, puta una itio dividi non potest, ut ante dixi. Plures possunt, quia ex universo illo usu servitutis possunt singulares plures statui; qui constituti jam non dici debent dividi posse; sed natura ita sunt divisi et discreti, ut jam non aliter, quam divisi esse possint. Ne quis autem propterea usum servitutis dividi dixerit. Hic enim si proprie loqui volumus, magis tempora utendi dividuntur, quorum alia in hoc usu distinguuntur ab aliis. Cæterum usus ipsi, puta ductiones, itiones, singulæ in sese sunt indivisæ. Tantum tempora certa assignantur singulis: qua ratione dicuntur ipsæ dividi et secerni temporibus. Atque hoc jus est de conventione, quæcunque est, quæ constituendæ servituti prædii adhibetur.

XXVI. Non est satis conventio ad hanc constitutionem inter privatos. Etiam tradi servitutem oportet exemplo rerum corporalium. Sic tamen; ut quoniam nulla hic vacua et corporalis traditio esse potest; traditionem possessionis sic intelligamus, ut pro possessione servitutis interveniat (7) servitutis usus: pro traditione autem, domini constituentis in eo usu patientia, *L. quoties.* ultim. *D. de servit. L.* 1. in fin. *de servit. rust. præd.* Aut si cui olim placeret aliud genus alienationis usurpare, adhibeatur in jure cessio, qua res omnes etiam incorporales ut servitutes, optimo jure transferebantur, ut est apud Ulpianum in fragmentis *Tit. de dominiis et acquisitionibus rerum.* Hinc tam crebro legimus apud veteres cessam servitutem pro jure translata et constituta inter privatos. *L. si cui, D. de serv. L. per fundum. L. per quem, D. de serv. rust. præd. L. ult. D. com. præd.* Cessione vetere sublata, de qua suo loco diximus, relinquitur ut in rebus corporalibus transferendis, traditio; quam saltem semper in servitute constituenda intervenire oporteat; usus, inquam, ille servitutis, et domini servientis patientia, quæ pro traditione cedat. Atque hinc maxime illæ veterum dubitationes de his tribus generibus servitutum: an possit futuro ædificio servitus imponi, aut acquiri: an possit constitui hæc servitus, ut aquam quærere in alieno et inventam ducere liceat: an etiam hæc, ut simpliciter liceat inventam ducere. Et quidem hæc pars efficere videbatur, ne quid istorum dici posset. Nam nec futuri ædificii ulla servitus esse potest, quæ nunc tradatur, nec aquæductus ejus aquæ, quæ nondum apparet. Nunc autem ad constitutionem servitutis non prædia tantum exigimus, quorum ab uno debeatur alteri servitus, sed et servitutis traditionem, quæ traditio in servitute, quæ nondum est, intelligi non potest. Receptæ tamen istarum omnium servitutum constitutiones: quia et in his tempore constitutionis intervenist ejus rei usus et patientia; per quam ad servitutem perveniatur.

XXVII. Futuro ædificio servitutem imponi et acquiri posse placet. *d. L. si servitus.* §. *ult. de servit. urb. præd.* Ac de eo supra respondimus, quod tribuere hic videmur imponendæ aut acquirendæ servitutis facultatem iis, qui prædium non habent, contra. *L.* 1. *D. com. præd.* §. *ideo. Inst. de servit.* diximusque etiam hic et qui imponunt, et qui acquirunt, imponere et acquirere prædio suo et præsenti. Quia intelligi debeat servitus imponi et acquiri areæ, in qua ædificium futurum sit, a qua deinde

(7) De acquisitione quasi possessionis hujus vid. Coras. *ad d. L. ultim.* (illi penult.) *h. t. n.* 10. *et seq.* Padilla *ad L.* 2. *C. h. t. n. priorib.* Menoch. *de Arb. Ca.* 160. *seq.* adde *N.* 6. *L.* 5. *C.* 6.

servitus transeat ad ædificium, cum extructum erit. Sed quæ hujus servitutis futuræ traditio esse potest, etiam si maxime præsens sit area? Res ita transigetur. Qui imponere volet areæ suæ, ac per aream futuro ædificio, is vicinum inducet in aream hoc animo, ut jam nunc affectam futura servitute aream habeat. Qui autem futuro ædificio suo volet acquirere, is in vicini ædes aut vicinum prædium, quod servitutem debiturum est, inducetur hoc animo, ut jam nunc id prædium futura servitute obstrictum habeat. Hæc inductio in locum servientem futuræ servitutis caussa, et domini ad eam rem patientia, usus est et patientia præsentis rei; et tamen futuræ servitutis caussa.

XXVIII. Hoc exemplo et illam servitutem constitui posse placuit in futura aqua, quæ nondum apparet, ut aquam quærere et inventam ducere liceat. *L. Labeo. D. de ser. rust. præd.* At traditionem quærimus. Et hic inducetur is, cui servitus quæritur, in fundum eo animo, ut illi jus sit fodiendi et aquæ quærendæ gratia. Atque hic usus fundi, et domini patientia ad eam servitutem quærendam destinata, ejus servitutis traditio est. Est enim traditio ejus rei, per quam ad servitutem pervenitur; quod eodem redit. Sed quoniam præsens fossio esse potest ad aquæductum quærendum, eoque et ejus fossionis traditio, Labeo nihil absurdi putabat (8) superiorem servitutem ita constitui. Illam negabat posse, si simpliciter aquæductus constitueretur ex ea aqua, quæ nondum appareret, ut refertur in *d. L. Labeo, de servitut. rustic. præd.* et *L. ultim. D. de servit. vind.* nempe ideo, quia futuri aquæductus nulla traditio esse posset; nihil autem hic amplius constitueretur quam aquæductus. Quem Paulus utroque in loco reprehendit hac ratione, quod si constitui potest, ut quærere liceat, etiam ut inventa ducatur, potest constitui. Recte: nam nec in aqua quærenda potest tradi ductus ejus aquæ, quæ non est. Sed traditur aliud, ex quo ad aquæductum pervenitur. Sic et in ea, quæ postea inventa erit, ducenda, non tradetur possessio aquæductus, sed tradetur iter ductus, cujus usus et in eo domini tradentis patientia pro traditione aquæductus futuri cedet, quia iter hoc ad illam servitutem paratur. Et de itinere ductus scripta est *L. ultim. de servit. vind.*

(8) Sensus nostri hic videtur: Si conjunctim conjunctim constitueretur jus aquæ quærendæ et inventæ ducendæ, Labeonem admisisse servitutem, quia hic traditio fieri possit juris fodiendi et investigandi. Sin vero separatim, ut aquam, quæ nondum inventa, nulla ejus quærendæ mentione facta, ducere liceret, non admisisse. Recte opinor. Licet aliter Goveau. 1. *Var. Lect.* 17. iter aquæ *d. L. ult.* ab aquæductu *d. L.* 10. separans et ita pugnam dirimens. Differre hæc probat, quia ex meo fonte tibi aquam cedere possum, licet per meum prædium iter aquæ tibi non dem, Holom. 8. *Obs.* 13. Labeonem negare *d. L. ult.* quod iter id est, rivus concedi possit, quia rivus certo in loco fundi constituendus. Incertum autem adhuc ubi aqua inveniatur, quæ forte pluribus locis exquirenda. Et Vult. *ad* §. 3. *I. h. t. n.* 4. de servitute ipsa loqui *d. L.* 10. quæ ex fictione juris esse possit. De itinere vero *d. L. ult.* id est loco per quem aqua ducitur, qui sine fundo esse nequeat. Quod qui ad rem faciat non video. Neque enim in *d. L. ult.* deest fundus cui quæratur, sed aqua quæ per illud est.

CAP. XI.

De usucapione servitutum. Non aliquas tantum ex his usucapi posse, sed omnes tam rusticorum prædiorum, quam urbanorum. Et refutatus hic vulgaris error dividentium servitutes in continuas et discontinuas: in illis usucapionem recipientium, in his repudiantium. Omnes servitutes continuam possessionem habere; Omnes pariter usucapi. Et de locis in speciem contrariis abunde responsum.

I. Et sine alia constitutione servitus nostro usu et possessione acquiri potest, et uno verbo velut usucapi. Sed neque hoc certum usquequaque: et si certum sit, non tamen eodem modo usucapiuntur servitutes, ut res corporales. Quare utraque harum rerum facit, ut amplius et separatim de usucapione servitutum cognoscendum sit. Atque hic cognoscendi locus.

II. De ea usucapione tres sunt quæstiones. Prima, an omnino servitutes usucapi possint. Altera, si possunt, an omnes. Tertia, si quæ possunt quomodo usu acquirantur.

III. An servitutes ullæ simpliciter usucapi possint, dubium fecerunt contrarii in speciem de hac re scripti loci, et natura usucapionis. Servitutes in universum usucapi non posse, effectum est lege (1) Scribonia. *L.* 4. §. *ult. D. de usuc.* Quæ et sen-

(1) Quam plebiscitum fuisse vult Cujac. *in L.* 4. § *ult. de usuc. in fin.* Cic. in *Bruto.* L. Scribonii Trib. pl. meminit. Sed Rævardo *Lib ad L. Scribon. C.* 1. videtur hæc lex Consularis, cujus auctor L. Scribonius Libo, qui consul tempore Tiberii Collega Statilii Taurii, cujus mentio Dioni *Lib.* 57. Sed num ante Legem Scriboniam usucapi potuerunt? Ita Vult Cujac. *d. loc. per. d.* §. *ult. v. sustulit.* Ræv. *d. Lib. C.* 2. potuisse non ex sui natura et vera, sed quadam fictione ex prudentum auctoritate. Quod *C.* 3. confirmat auctoritate Senecæ 6. *de Benef.* 5. et Cicer. *pro Cæcinna.* Qui tamen loci parum ad rem mihi facere videntur maxime prior. Lata autem lege Scribonia, usucapionem servitutum civilem, (quam itidem biennalem fuisse vult, ex loco Aggeni Urbici *in Frontinum*) exolevisse, in ejusque locum longi temporis acquisitionem successisse, scribit, ibid. *C.* 5. Hotom. 4. *Obs.* 2. *in fin.* Usucapionem servitutum lege 12. Tabb. nominatim de corporibus scripta, non permissam; prava et inveterata consuetudine, quæ jus faceret, inductam; abrogatam deinde lege Scribonia. Sed Rob. 4. *Sent.* 8. Lex Scribonia, ait, sustulit servitutum usucapionem, non quod ante usucapi potuerint, sed quia definivit non posse usucapi, eo quod juris regulæ, ac natura usucapionis impediant. Objic. At libertas usucapi semper potuit; contrariorum autem eadem ratio. Resp. Robertus: Diversitas inde: Negligentia continua esse potest, diligentia et usus nequit; deinde non vera est usucapio libertatis, nam nec bonæ fidei, nec titulum requirit, sed receptio ex amissione servitutis per non usum. Quod non usquequaque admittendum, vide *infra C. ult.* Putat Cujac. *d. lo.* Scriboniam legem ad solas servitutes urbanas pertinuisse, quia et in illis solis usucapio libertatis, et per *L.* 14. *h. t.* in verbis, *idem observatur* scilicet non ex superiori ratione, sed ex lege Scribonia. Sed id refellit Ræv. *d. Lib. C.* 6. et ea omnium usucapionum sublatam, Coras. 5. *Misc.* 5. *n.* 4. et ad *L.* 14. *h. t. n.* 24.

tentia compluribus locis a veteribus usurpata legitur in Pandectis, ut Paulo, Cajo, Ulpiano, *L. servitutes prædiorum*, in pr. *D. de servit. L. servus*, *§. incorporales*, *D. de acq. rer. dom. L. si aliena*, 10. *§. hoc jure. D. de usuc.* Et ratio ac natura usucapionis id suadet. Nam usucapio ut procedat, inter alia duas res maxime desiderat, possessionem ejus rei, quam usucapere volumus, et ejus possessionis continuationem per tempus lege constitutum. Sine possessione usucapio non contingit. *L. sine. D. de usuc.* et usucapio definitur, acquisitio per continuationem possessionis. *L.* 3. *D. eod.* At prius non admittunt servitutes, posterius pleræque. Prius certum. Incorporalia namque possideri non possunt. *L.* 3. in pr. *D. de acq. poss.* Servitutes autem res sunt incorporales. *Inst. de reb. cor. et incorp.* quam etiam ob caussam dicuntur usucapionem non recipere in *d. L. servus*, *§. incorporales*, *de acq. rer. do.* Sed nec omnes servitutes videntur habere continuam possessionem, quales sunt prædiorum rusticorum, ut iter, actus, via; quoniam nemo perpetuo et continenter ire potest. Quo fit, ut etiam hac de caussa usucapi non possint. Et utrumque hanc rationem complexus est Paulus in *d. L. servitutes prædiorum*, *de servit.* explicans videlicet legem Scriboniam, quam idem commemorat in *d. L.* 4. *§. ultim. de usuc.* Ex adverso aliis locis compluribus traditur servitutem longo usu et longo tempore acquiri, si quis servitute usus sit nec vi, nec clam, nec precario. *L. si quis diuturno, D. si servit. vind. L.* 1. in fin. *D. de aq. pl. arc. L.* 1. et 2. *C. de servit. L. ultim.* in fin. *C. de præscr. long. temp.*

IV. Ad hæc concilianda illud statim videtur recte dici posse, legem Scriboniam, et veteres illos, qui ex ea lege negarunt servitutes posse usucapi (2) sensisse de usucapione suorum temporum. Nam de alia sentire et loqui quomodo potuerunt? Jam vero illis temporibus, et in universum ante tempora Justiniani, et legem ejus, quæ est de usucapione transformanda, usucapio usitata in prædiis et Italico solo fuit biennii. *L. unica, C. de usucap. transform. Instit. de usuc.* in princip. Quo sensu et lex Scribonia, et veteres illi hoc dicere intelliguntur, servitutes non posse usucapi biennio. At isto modo jam illi alii loci, quos in contrariam sententiam citavimus, nihil contrarii dicere reperiuntur: utpote in quibus omnibus dicitur quidem servitus usu acquiri, sed non nisi usu longo et diuturno, longa et diuturna possessione. Longa autem possessio et diuturna est decem annorum inter præsentes, et viginti inter absentes, *d. L. unica, C. de usucap. transform. L. super, C. de præs. long. temp. L. si cum fideicommissa*, *§. Aristo. D. qui et a quib. manum. lib. non fi.* Et esset in primis expedita hæc responsio ad conciliationem, si quidem inhibita servitutum usucapione, nihil amplius diceretur, aut intelligeretur, quam non posse usucapi biennio. Sed non hoc tantum simpliciter dicitur, eas usucapi non posse, ne quis statim ex sententia scriptorum biennium interpretetur: verum in *d. L. si aliena*, 10. *§. hoc jure, D. de usuc.* diserte scriptum est, hoc jure nos uti, ut servitutes per se nusquam vel longo tempore capi possint. Quod jam plane superioribus locis etiam in tempore usucapionis adversatur. In quo augetur etiam ἀντινομία ex persona auctoris. Ulpianus est enim, qui posterius hoc scripsit. Qui tamen idem auctor est *L. si quis diuturno, D. si servit. vind.* ubi scribit, si quis aquam duxerit longo tempore nec vi, nec clam, nec precario, eum longo usu et longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactum esse, id est, ut aliis verbis explicatur in *L.* 2. *C. de servit.* servitutem aquæductus tempore quæsisse. Huc accedit, quod etsi nusquam alibi negaretur servitus longo tempore capi posse: sed tantum simpliciter diceretur non posse usucapi; tamen in hujus sententiæ interpretatione impediret nos voluntas Justiniani, qui profitetur, se omnia veterum scripta relata affirmanter in Pandectas sua facere, et perinde accipi velle, quasi a se scripta. *L.* 1. *§. omnia enim, L.* 2. *§. tanta, C. de vet. jur. enucl.* Justinianus autem cum de usucapione rerum loquitur, intelligi vult usucapionem secundum formam suæ constitutionis, nempe in rebus immobilibus decem annorum inter præsentes, et viginti inter absentes. *Instit. de usucap.* in princ. Idemque in servitutibus exemplo rerum immobilium. *L. ultim.* in fin. *C. de præscr. long. temp. L.* 2. *C. de servit.* Quibus rebus

(2) Et ita Cujac. *ad L.* 4. *§. ult. de usuc.* Ræv. *ad L. Scribon. C.* 5. Pac. 3. *Q.* 53. ac fere Hotom. 4. *Obs.* 2. (qui tamen 8. *Obs.* 10. hanc distinctionem Saliorum carmen vocat) A. Guib. *Lib. QQ. Cap.* 18. *n.* 11. *et seqq.* Vult. *in pr. I. de usuc. n.* 23. A. Fab. 19. *Conject.* 9. *et* 10.

efficitur, ut quibuscumque in locis traditur simpliciter servitutes usucapi non posse, non debeamus dubitare, quin sive ex veterum, sive ex Justiniani sententia ita sit accipiendum, ut nec longo tempore capi possint.

V. Quid ergo relinquitur ad conciliationem? Id quod illi ipsi loci ostendunt, qui sunt scripti de servitute longo usu acquirenda. Non enim in illis dicitur usu longo imposita servitus, sed velut jure imposita: non servitus quæsita, sed quasi servitus: et quod idem valet, longi temporis consuetudo in his vicem servitutis obtinere; ideo et in eam rem utilis esse actio, non directa. *L.* 1. in fin. *D. de aq. pl. ar. L.* 1. *C. de servit. L. si quis diuturno, D. si servit. vind.* Quæ omnia declarant ipso jure, seu proprie nullo unquam tempore servitutes usucapi posse, quod prioribus locis traditum est, prohibente scilicet usucapionis natura. Quippe cum usucapio sit rerum possessarum, servitutes autem possideri non possint. At easdem longo usu velut possessas sic acquiri, ut si minus directa actione, quæ ex verbis legis est, vindicari possunt, at possint utili, tanquam servitute jure imposita. Neque hoc alia ex re efficitur, quam ex servitutis possessione; ne quis forte hanc deesse objiciat contra legem usucapionis. Sane enim servitutes vere possideri non possunt: quam possessionem dum spectamus, recte dicitur, jure eas usucapi non posse. At quasi possidentur, unde quasi possessio aquæductus in *L. si quis diuturno, D. si serv. vind.* Usus enim in his pro possessione est. *L. ult. de servit.* Et quidem eo effectu juris, ut sæpe in his dicatur absolute servitus possideri. *L. ultim. D. de iti. act. pri. L. servitutes*, in princip. *D. de ser. urb. præd.* Unde et interdicta non quasi possessoria dicta, se absolute possessoria. *d. L. ult. D. de servit.* Ex quo rursum evenire necesse est, ut quemadmodum longa possessione non acquiruntur, quia hæc possessio in his nulla est, ita contraria de caussâ recte dicantur (3) quasi usucapi, quæ et quasi possidentur. Et hæc quidem caussa expressa est in *d. L. si quis diuturno si serv. vind.* ubi dicitur, jus aquæ ducendæ quæsitum esse diuturno usu et longa non possessione, sed quasi possessione. Qua ratione simul de possessione responsum est, quam negabamus in servitutibus intervenire. De continuatione possessionis sequenti loco dicetur.

VI. Possunt ergo servitutes longo usu ita acquiri, ut proposuimus. Quæ acquisitio etsi vere et subtili jure usucapio non est: quia tamen justæ usucapionis vim habet, et servitus hoc modo jure non constituta, tamen pro jure constituta habetur: liceat nobis in hac caussa sic uti verbo usucapionis, ut etiam servitutes ista possessione usucapi dicantur. Nam et in *L.* 2. *C. de servit.* dicuntur absolute tempore acquiri, eadem plane significatione.

VII. Sequens quæstio est, postquam constat servitutes saltem aliquas usu acquiri posse, an possint omnes, tam rusticorum, quam urbanorum prædiorum.

VIII. Et hic animadvertendus est vulgaris (4) interpretum error, qui ad nostram usque ætatem invaluit, et lubrico lapsu pervasit etiam in mores regionum. Illi decepti ratione Pauli, quæ est in *L. servitutes prædiorum D. de servit.* de quibusdam servitutibus, quarum non videatur esse continua possessio: dum in verbis hærent, nec rem ipsam, et totam sententiam ejus loci

(1) Ita et Connan. 4. *Comm.* 10. *n.* 11. Temporis præscriptionem vice servitutis fungi et *C.* 12. *n.* 16. conjecturam duci ex diuturno usu, sciente et patiente domino fuisse jure impositum, et eodem modo Rob. 4. *Sent.* 8. Duar. 1. *Disp.* 34. et *ad L.* 14. *h. t.* et in *priore Comm. de Usuc. et in poster. C.* 3. quia quasi possessio quasi usucapio inde, quia vetustas possessionis vice legis, *L.* 1. §. *ult. de aq. pl. arc.* et actio utilis ac quasi servitus, P. Gragian. *Paradox. C.* 46. Charond. 1. *Verisim.* 5. Coras. 5. *Misc.* 5. *n.* 5. et ex eo Jo. Hennequin. *in not. ad Accurs. in L.* 2. *C. h. t.* non verum ac proprium servitutem esse, quia daretur actio directa; dici autem quod acquiratur longo tempore *d. L.* 2. considerato effectu. Et P. Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Membra* 1. *C.* 10. *n.* 12. et *seqq.* scribit magis jure præsumptionis, quam præscriptionis acquiri Male autem Govean. 1. *Var. Lect.* 14. non usucapi servitutem, ideo quia non sint in bonis *L.* 1. *de us. leg.* (cujus longe alius sensus) tempore autem acquiri, id est tempus esse modum acquirendi, siculi pactum, stipulatio, legatum. Nam nuspiam hic modus ita relatus, et tempus nullius rei acquirendæ modus *L.* 44. §. 1. *de O. et A.* In usucapionibus enim dominium lex adjicit, non tempus. M. Lyclama *Lib.* 2. *Membr. ecloga* 6.

(4) Martin. Laudens. *in Repet. L.* 14. *h. t. n* 2. Cæpolla *de serv. urb. C.* 19. *n.* 4. servitutes discontinuæ præscriptionem immemorialem tribuens, Padilla *ad L.* 1. et 2. *C. h. t.* Sich. *ad d. L.* 1. *n.* 2. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 84. *n.* 6. Vital. 2. *Var. Lect.* 13. et alii, quos refert Gilken. *de Præs. P.* 2. *Memb.* 1. *C.* 10. *n.* 3.

expendunt, induxerunt hanc divisionem, et sententiam de servitutum usucapione, ut dicerent servitutum quasdam esse continuas, quasdam discontinuas. Continuas, quæ continuam possessionem haberent, ut sunt servitutes urbanorum prædiorum: veluti tigni immittendi in parietem vicini, aut immittendi stillicidii in ædes, aut aream vicini: quæ semel immissa perdurant, et hac possessione servitutes hæ retinentur. *L. servitutes, D. de serv. urb. præd.* Discontinuas, quæ non haberent continuam possessionem, veluti iter, de quo scriptum est in *d. L. servitutes prædiorum. de servit.* neminem tam continenter, tamque perpetuo ire posse, ut nullo momento videatur interpellari ejus possessio. Continuas longo usu acquiri posse, qualem esse volunt aquæductum, de quo in *L. si quis diuturno, si servit. vindic.* et *L. 2. C. de servit.* Discontinuas non posse, veluti iter, *d. L. servitutes prædiorum, de servit.* Hæc sententia nostra ætate a doctis viris animadversa, ab omnibus prope uno ore improbata est. Tentata primum accurate a Longovallio, post deinde et ab aliis conspirantibus sententiis repudiata, ut Barone, Duareno, (5) Connano.

IX. Et merito. Est enim perspicue falsa, sive distinctionem istam spectemus possessionis continuæ et discontinuæ, quam statuunt, sive jus usucapionis, quod negant. Nam quod ad possessionem servitutum attinet: nulla est servitus, cujus non sit (6) continua possessio, cum semel cœperit, similiter ut rerum corporalium: quoniam ut quis usum earum intermiserit, possessio tamen animo retinetur: de quo mox plura. Quod autem attinet ad usucapionem, certo statuere debemus omnes servitutes (7) longo tempore acquiri posse ex æquo: id est, et urbanurum et rusticorum servitutes quascumque. De omnibus generalis definitio est in *L. ult.* in fin. *C. de præscr. long. temp. L. 1.* in fin. *D. de aq. plu. arc.* Quod si res ad speciem conferenda est, ne hoc quidem dubitari debet, quin eæ servitutes, quibus continenter uti non possumus, et, ut isti loquuntur, quarum possessio non est continua, possint similiter longo usu et longa quasi possessione acquiri. Argumento certissimo tres, ususfructus, aquæductus, iter etiam ipsum, quod omnes fatentur in hoc numero haberi. Usumfructum longo tempore usu capi posse. Nominatim scriptum est in *L. ult.* in fin. *C. de præsc. long. tem.* At certe quod de itinere scribit Paulus in *L. servitutes prædiorum, de servit.* Hoc idem constat et in usumfructum competere, neminem scilicet tam continenter, tamque perpetuo frui posse, quin aliquo momento factum fruendi interpelletur. Certe dormiens uti frui dici non potest. Res enim animi est et voluntatis frui. Quod factum in dormientem non cadit. *L. 1. §. 1. D. de acq. pos.* In eadem caussa est aquæductus, tametsi illi dissentiunt ad *L. si quis diuturno, si serv. vind.* sed male. Nam ne hic quidem ejusmodi est, ut perpetuo et omnibus horis quis aquam ducat. Id experientia probat sine aliis testibus. Et tamen si testes quærimus in re non necessaria, di-

(5) Parlador. 1. *Rer. quotid.* 1. §. 8. Bron. 1. *Ass.* 92. Et reprobat eamdem A. Fab. 19. *Conject.* 9. ac in *Cod. Fabriano h. t. Defi.* 3. *n.* 3.

(6) Dissentiunt tamen hic Hotom. 4. *Obs.* 2. Cujac. ad *L.* 4. §. *ult. de usucap.* Vital. 2. *Var. Lect.* 13. Nic. Valla *de heb. dub. Tr.* 7. *n.* 8. A. Fab. 19. *Conject.* 9. qui admittunt alias servitutes possessionem continuam habere, alias non item, caussam tamen continuam omnes requirere fere dicunt. Aliter Rob. 4. *Sent.* 8. volens quasi possessionem in nulla servitute posse esse continuam. Usus enim ille est quasi possessio, ait, et ita illis quasi possessio non etiam juris simul est, sicuti vera; sed prorsus facti et non continua, quia factum utendi perpetuum esse nequit. *Ibid.* probat, nec servitutis urbanæ usum semper perpetuum ac sine intermissione, per *L.* 20. §. 2. *V. P.* Quæ et fere Longovalli opinio fuit contendentis omnes servitutes esse discontinuas ratione usus, relata a Coras. *ad L.* 14. *C. h. n.* 4. Sane usum in urbanis quoque non continuum requiri verius omnino videtur. Idque plane probat *L.* 28. *V. P.* Quin et servitus tigni immittendi, cum foramen manet in pariete serviente, quamvis tignum nullum manserit immissum, adhuc utilis, quia quando libet licet immittere, M. Lyclama 2. *Memb.* 8. Neque enim hoc servitus tigni immittendi continetur ut necesse sit nobis tignum immissum habere, exigente id hujus servitutis natura, ut continuus sit usus, sine quo nec exsistat, sed ut cum libet, immittere liceat *L.* 16. *si servit. vind.* Amplius dico hanc ut alias ejusdem generis servitutes jam acquisitas esse priusquam usus exerceatur, ut in *L.* 23. §. 1. *V. P. L.* 10. *R. P.* vid. *supra C.* 9. *N.* 12. et *C.* 10. *N.* 8. Nec ideo ob usum non assiduum possessio discontinua, alias quandoque possessio servitutis plane nulla esset. Nec usus simpliciter pro possessione, sed pro traditione ejus, *d. L. ult. h. t.*

(7) Quod et confirmat Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 12. *et seqq.* vid. *de Usucapione servitutum* præter jam sutu laudatos Cæpolla *de Serv. urb. C.* 20. P. Greg. 40. *Synt.* 4. Fachin. 8. *Contr.* 22. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 65. *n.* 6. et 7.

serte traditur in *L. si sic constituta, L. aquam. D. quem. ser. amitt. L.* 1. in princ. *D. de aq. quot. et æst.* At hunc concedunt omnes longo tempore usu acquiri, quod diserte traditur in *d. L. si quis diuturno, D. si ser. vind. d. L.* 2. *C. de servit.* Ut desint cætera; tamen illorum omnium confessione iter est ejusmodi servitus, quam intelligi volunt continuam possessionem non habere, et ut loquuntur, servitutem esse discontinuam, *d. L. servitutes prædiorum, de servit.* At hoc ipsum iter longo usu non minus acquiri potest, quam aquæductus: quod ita demonstratur. Nulli competit interdictum de itinere actuque privato reficiendo, nisi cui iter debetur, seu qui jus itineris quæsitum habet. *L.* 3. *§. hoc autem, D. de iti. act. pri.* At competit hoc interdictum ei, qui itinere diu usus est nec vi, nec clam, nec precario, quæ et aquæductus usucapiendi ratio est. *L. apparet.* 5. *§. pen. D. eod.* Ergo qui itinere longo tempore usus est, is jus itineris seu servitutem quæsitam habet. Quod si in itinere recipimus; non dubium, quin cæteræ servitutes, quæ magis continuam possessionem habent, eodem usu possint acquiri.

X. Sed movet eos et possessionis ratio, et quorumdam locorum auctoritas, quibus scilicet ad sententiæ suæ confirmationem utuntur. Quam recte, videamus. Possessionis, inquiunt, ratio ad usucapionem hæc est, ut non solum possidere oporteat, quod usucapias; sed etiam continenter possidere, ut ante dixi. Est enim usucapio acquisitio per continuationem possessionis. *L.* 3. *D. de usuc.* Quare si quæ sunt servitutes, quæ continuam possessionem non habent, cogit lex usucapionis, ut quemadmodum nec continenter quasi possideri possunt, sic nec possint etiam quasi usu acquiri. Et hoc verissimum esse agnosco, et perpetuum. Sed hic istorum error est, quod statuunt aliquas esse servitutes, quæ cum semel possideri cœperint, non habeant continuam possessionem. Quod secus est. Ipsum etiam iter, quo quis suo jure per fundum alienum utitur, continuam habet possessionem, quandiu qui id habet, animum eundi non omittat. Non habet quidem continuum usum, quia nemo potest ire perpetuo, et sine intermissione. Sed non eo minus iter possidet, qui corpore suo ire desiit: quia hoc animo est, ut quamvis egressus fundo, velit tamen jus eundi retinere. Possessio autem animo solo retinetur. *§. possidere. Inst. de interd. L.* 3. *§. in amittenda. L. clam, §. ult. D. de acq. poss.* Neque hoc quisquam jus esse putet tantum in rebus corporalibus possessis. Etiam in possessione servitutum locum habet. Quidni, cum et hic ipse animus in servitutum usu similiter ad retinendum interveniat? Quod ne quis ita esse dubitet, argumento erit interdictum de itinere actuque privato, quod eum ei competat, etiam qui tempore interdicti redditi itinere usus non sit: tamen dicitur esse interdictum tuendæ possessionis caussa. *L.* 1. *§.* 1. *§.* 2. *D. de iti. act. priv.* Tuendæ, id est, retinendæ. Sic enim tuetur possessionem prætor, dum ei, qui eam tenet, quominus ita teneat, vim fieri prohibet. Ita fit, ut non retineatur possessio, nisi quæ prius fuit, et nunc etiam manet. Quapropter si is, qui corpore it per fundum suo jure, tantisper dum id facit, iter possidet, ut dicitur possidere: *L. ult. D. de iti. act. pri.* etiam cum exierit e fundo non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus, cum opus erit, sine dubio idem iter nihilominus possidebit, qui animo retinet possessionem. *d. §. possidere, Inst. de interd.*

XI. Hic objicitur ab illis dictum Pauli, quo deceptos eos esse apparet, ex *d. L. servitutes prædiorum. D. de servit.* scribit ille diserte, neminem tam perpetuo, tamque continenter ire posse, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Nullo, id est, non aliquo momento. Sed cum certi juris esset etiam in rebus corporalibus animo retineri possessionem, quod multo citius in incorporalibus, in quibus potissimum animus valet, dicendum sit: erat intelligentium interpretum nunquam dictum Pauli sic interpretari, quasi vellet possessionem omnem itineris cum actu eundi absolute interpellari, nisi quæ necessitas orationis id ita interpretari cogeret. Quid enim? Hic affirmaret Paulus possessionem animo non retineri, contra manifestam et receptam constitutionem juris, et quam ipsemet posuisset pro explorata in *L.* 3. *§. in amittenda, §. saltus, D. de acq. pos.*? Nunquam id faceret. Quæ ergo necessitas istos cogebat superius illud dictum Pauli adversus hanc sententiam ratam juris interpretari? Plane nulla. Cum commode aut de possessione corporali id dictum accipere liceret: aut si hoc non placeret propter generalitatem verbi, liceret dicere id, quod verba concedunt, id affirmanter a Paulo dictum non esse. Et res ita habet: aut de possessione corporali, quæ est in actu ipso eundi, dixit Paulus hanc, intermisso eundi actu, una quoque interpellari: aut si propter generalitatem orationis omnem possessionem

accipi placet etiam, quæ animo retinetur: illud retinendum, quod sequitur, et in eo urgendo verba Pauli, ut concedamus possessionem itineris sæpe multis momentis interpellari videri, at non simpliciter et absolute interpellari. Recte videri. Videtur enim propter corporalem possessionem, seu actum ipsum eundi, quem constat perpetuo continuari non posse. Re autem vera non interpellatur possessio, quæ, etsi corpore a fundo disceseris, animo tamen retinetur, ut ostendi. Quæ si ita sunt, habent omnes servitutes natura sua continuam possessionem, non tantum quæ urbanorum prædiorum sunt, sed et quæ rusticorum. Tantum hoc interest, quod priores, quæ in superficie sunt, habent continuam non tantum animo, sed etiam habendi usu et consuetudine, id est, corpore. *L. servitutes. D. de ser. urb. præd.* Posteriores autem non sane continuam corporali usu, qui sæpe interrumpitur; attamen continuam animo; quia possessio animo solo retinetur. At hoc tantumdem valet. Ita distinctio ista continuarum et discontinuarum servitutum tollitur. Qua sublata, si verum est ex istorum sententia omnes servitutes usucapi posse, quæ continuam possessionem habent, efficitur hac ipsa sententia, omnes pariter recipere usucapionem, postquam omnes continuam possessionem habere probantur.

XII. Objiciuntur tamen et hic nonnulli alii loci, qui multo deterius in eamdem illam istorum sententiam detorti sunt. In quibus video tres esse. Ac primum sunt, qui utantur ad eam confirmationem etiam *d. L. servitutes prædiorum, D. de servit.* Paulus enim illic scribit, servitutes prædiorum rusticorum usu non capi. Et inter alia reddit hanc rationem, quod nemo tam continenter ire possit, ut non aliquando interpellari videatur ejus possessio. Quæ quidem ratio propria est servitutum hujus generis. Nam servitutes, quæ in superficie sunt, id est, urbanæ, possessione continua retinentur, *d. L. servitutes, de servit. urb. præd.* Dicendum igitur, hac ratione cessante in servitutibus urbanorum prædiorum, de earum usucapione idem jus statui non debere. *arg. in L. quid enim, D. de jud. L. quod dictum, D. de pact.* Hinc fieri, ut has ab illis distinctas esse oporteat: atque ita cum statuerimus urbanas, et similes, quæ habent possessionem continuam, longo usu capi posse, semper hoc relinquatur rusticas eodem modo acquiri non posse. Et recte hoc diceretur, nisi de sententia Pauli in eo loco liqueret: generaliter statuentis pariter servitutes omnes usucapi non posse. Scribit quidem initio de servitutibus rusticis has non usucapi, et in iis duabus rationibus hujus juris, quas reddit, ponit unam, quæ sit harum servitutum propria. Sed quid refert? subjicit enim statim, idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observari. Cur ergo prius posuit rationem prioris generis propriam? quia non hanc solam posuit, sed (8) et aliam omnium servitutum communem, quod servitutes incorporales sint, eoque nec possint possideri. Ex quo poterat intelligi ex æquo omnes usucapi non posse. Verum ut hoc jus magis confirmaretur in servitutibus rusticis, visum est et aliam rationem addere harum propriam. Quæ tamen cum non sit sola; inepte ex ea colligatur aliud jus esse in servitutibus urbanis. Hac enim remota, relinquitur semper altera, quæ ad omnes ex æquo pertinet. Quapropter quod de eo loco breviter dicendum sit, ex eo aut omnes servitutes usucapi possunt, aut nullæ. At isti fatentur nihilominus servitutes urbanorum prædiorum longo usu acquiri posse, neque eum locum obstare. Fateantur igitur, ne eum quidem locum obstare, quominus idem de servitutibus rusticis dicere liceat, quæ in eadem caussa circa usucapionem habentur.

XIII. Alter locus est ejusdem Pauli, quo maxime nituntur, in *L. foramen, D. de servit. urb. præd.* ubi is foramen, quod in pariete nostro habetur pavimenti proluendi caussa, negat tempore acquiri, si modo in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: idque hac ratione, quia perpetuam caussam non habeat, quod manu fit. Hinc colligi volunt, si quæ sit servitus, quæ perpetuam et continentem possessionem seu usum non habeat, eam longo tempore acquiri non posse. Sed magno et manifesto errore hoc ab illis colligitur. Neque enim eadem sunt, (9) caussa servitutis, et servitutis possessio, et si essent eadem, aperte eo loco contrarium efficeretur, ut isto sensu non alius

(8) Ita et Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 8. *n.* 34. *et seq.* quando in lege plures rationes, satis est unam superesse ut dispositioni locus sit.

(9) Quod et scite probat Parlador. *d.* §. 8. *n.* 11. *et seqq. d. L.* 28. exponens, et Accursii ac vulgatem interpretationem refellens. Caussa enim est id ex quo servitus efficitur, ut in aquæductu, aquæhaustu, caussa est aqua. Et aliud est perpetuum quod semper permanebit, aliud continuum, quod fit sine intervallo, vid. et *supr. C.* 3. *N.* 2.

locus magis eos oppugnet. Diversa hæc esse non aliis magis, quam ipsis auctoribus probari potest, si sibi velint constare. Paulus enim ibidem ait, omnes servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debere; ut sit sensus, nullas esse servitutes prædiorum, quæ perpetuas caussas non habeant, ac proinde si quæ vere sunt servitutes, eas habere caussam perpetuam. Isti autem dicunt non omnes servitutes habere possessionem perpetuam, etiamsi maxime sint servitutes, ut iter. Aut igitur Paulus falsum scripsit, aut ex istorum etiam sententia aliud est caussa servitutis perpetua, aliud servitutis perpetua et continua possessio. Et vero longe hæc diversa sunt, et eodem exemplo foraminis probatur. Nam id foramen servitutis caussam habet eam aquam, quæ manu injicitur, auctore Paulo. Hæc, inquam, non est caussa perpetua; quia non est perpetuum, quod fit manu. At idem foramen semel immissum habet continuam possessionem, ut omnia quæ immittuntur in alienum: quæ cum maneant, eodem semper usu retinentur, *L. servitutes, D. de servit. urb. præd.* Demus tamen illis, quod volunt, eadem hæc esse caussam servitutis et possessionem. Jam hic ipse locus adversus eos stabit, ut non alius magis adversetur. Nam, ut dixi, Paulus illic scribit, omnes servitutes prædiorum perpetuas caussas habere, si vere sunt servitutes. Si eadem sunt, servitutis caussa, et possessio; nempe hoc dicere intelligetur, omnes servitutes prædiorum habere perpetuas et continuas possessiones. At hoc si verum est, an non vident juxta sententiam suam hoc effici ex eo loco, omnes servitutes usucapi posse? nam hoc prius pro certo sumunt, recipere quasi usucapionem omnes, quæ continuam possessionem habent. Et breviter aut volunt diversa ista esse, caussam servitutis et possessionem; aut eadem. Si diversa, locus ad rem nibil pertinet. Nibil enim vetat recte dici servitutem usucapi posse, quæ caussam perpetuam non habet: et tamen aliquam usucapi posse quanvis non habeat perpetuam possessionem. Si hæc eadem, efficitur servitutes omnes posse usucapi, id quod volumus.

XIV. Sed sententia Pauli cognita, quæ ab illis in eo responso percepta non est, rem omnem facile expediet. Sic autem sententia se habet. Propositum est Paulo probare, eum qui foramen habuit in suo pariete ejiciendæ in aream alienam ejus aquæ caussa, quæ pavimenti proluendi caussa manu injiceretur: quanvis habuerit id foramen per longum tempus, et eo sit usus, tamen jus ita habendi ejus foraminis tempore non quæsiisse. Probat autem non hac ratione, quia possit quidem hujus foraminis habendi imponi servitus, sed sit servitus ejusmodi, quæ perpetuam caussam non habeat, ac proinde nec usucapione quæri possit. Id quod si diceret, aperte hoc diceret quasdam servitutes habere perpetuas caussas, quasdam non habere. Omnes quidem constitutione aliena acquiri posse; usucapione autem eas non posse, quæ perpetuam caussam non habeant. Quo sane sensu locus pro istis faceret hoc admisso, ut idem esset caussa servitutis, quod possessio. Cui sententiæ locus nihil repugnaret. Sed nibil minus quam hoc sentit aut dicit Paulus. Probat foramen, de quo quæritur, tempore non acquiri, non quia, inquam, sit servitus, quæ caussam perpetuam non habeat: sed quia plane hujus foraminis habendi jus non sit servitus. Ait enim hoc foramen (10) flumen non esse, idest, servitutem fluminis, et subjungit, nec tempore acquiri, nempe hoc ex illo inferens. Et recte. Prius est enim, ut aliquod jus possit esse servitus, quam ut tanquam servitus possit usu acquiri. Ac servitutem in totum non esse, non tantum si quis usucapione, sed etsi domini ipsius constitutione eam quæsitam velit, probat eo argumento, quod ad omnem constitutionem servitutis pertineat. Sic autem argumentatur. Omnes servitutes prædiorum perpetuas caussas habere debent. Foramen quod proponitur, non habet perpetuam caussam servitutis. Hujus enim caussa est aqua, quæ manu injicitur: quod autem manu fit, non est perpetuum. Quare hujus foraminis habendi jus non est servitus. Ex quo efficitur, quod proposuit, quemadmodum flumen non est, sic nec tempore acquiri. Dum tamen intelligamus non hoc tantum ad usucapionis caussam pertinere; sed eodem argumento effici, nec si constitutum hoc jus sit a domino, tamen servitutem prædii esse posse. Semper enim verum erit id non habere perpetuam caussam; servitutes autem omnes quocumque modo constituantur, perpetuas caussas habere debere. Ex quo rursum jam potest intelligi, etiam quod controversiam in hac quæstione dirimat: sententiam nimirum ejus

(10) *L. 1. V. P. L. fistulas 13. si servit. vind.* Nec recte Accursius *flumen* exponit lignum excavatum, in quo aqua pluvia vel alia colligatur, nec recte Longovallius accipit pro canali seu fistula, ceu refert et reprobat l'Arlador. *d. §. 8. n. 20. et seq.*

responsi hanc esse, ut tum vere dicatur servitutem usucapi non posse, eum prius constiterit id jus, quod usu quæsitum volumus, non esse servitutem. Quod si quod jus per se possit esse servitus, tum mutata ratione nihil esse impedimento ejus servitutis usucapioni.

XV. Tertius et postremus locus nobis opponitur *L.* 3. §. *ductus, D. de aq. quot. et æst.* ubi ita scriptum est: *Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.* Ergo, inquiunt, nisi origo memoriam hominum excedat, pro constituto non habebitur. Proinde nec longo tantum usu acquiretur. Frustra enim exigatur id tempus, cujus origo memoriam excedat, si decem annorum sufficit. Sed ne quis hoc argumento facile unquam decipiatur, consideret sententiam, quam isti colligunt, per se falsam esse. Diserte enim traditur in *L. si quis diuturno, D. de servit. vind.* aquæductum, de quo agitur, longo tempore acquiri posse. Consideret præterea, et si quis collectionem istam concesserit, argumentum tamen non modo pro istorum sententia non facere, sed etiam eam vehementer oppugnare, atque adeo totam evertere. Propositum est enim illis docere, non servitutes nullas longo usu et tempore acquiri posse, sed aliquas tantum, et eas, quæ non habent continuam possessionem. Atqui isto argumento efficitur aut nullas usucapi posse, aut omnes. Si aquæductus continuam possessionem habet, ut ipsorum sententia habet in *d. L. si quis diuturno.* Hoc admisso, eum longo usu non acquiri, fit non illud, quod volunt, discontinuas servitutes usu non acquiri, sed nullas, id est, ne eas quidem, quæ continuam habent possessionem. In quo adversus sententiam suam supra positam his faciunt. Primum quod distinctionem suam illam tollunt de servitutum usucapione. Deinde quod hic admittunt aquæductum longo tempore non acquiri, quem acquiri fatentur in *d. L. si quis diuturno.* Rursum si aquæductus non habet continuam possessionem, ut non habet, eum illis collibuit: vel hoc ipso exemplo efficitur non modo continuas istas servitutes, quas intelligunt, longo usu velut capi, sed etiam omnes, etiam eas, quæ continuam possessionem non habent. Nam aquæductum non hunc aut illum, sed simpliciter et generaliter aquæductum longo usu et longa quasi possessione acquiri diserte traditum est in *d. L. si quis diuturno.*

XVI. Non me fugit Bartolum in *L.* 2. *C. de servit.* ad hæc concilianda, et nihilominus ad suam illam distinctionem de usucapione servitutum retinendam aquæductum (11) distinguere, et quendam esse dicere, qui habeat perpetuam caussam, sic enim loquitur; quendam, qui non habeat. Priorem longo tempore capi posse, et de eo agi in *d. L. si quis diuturno.* Posteriorem non posse nisi eo tempore, cujus initii non exstet memoria, et de eo agi in *d. L.* 3. §. *ductus, de aq. plu. arc.* Qua sententia nihil potest dici inane, aut falsum magis. Nam de perpetua caussa aquæductus quod dicit, plusquam certum est Paulum in *L. foramen, de servit. urb. præd.* hoc statuere, omnes servitutes prædiorum, et quidem rusticorum perpetuas caussas habere debere, et in his nominatim aquæductum. Quod si caussæ verbo intelligit Bartolus usitato veterum illorum errore possessionem servitutis; doceo supra omnem servitutem continuam ab animo possessionem habere: aut si possessionis verbo intelligimus corporalem servitutis usum, doceo aquæductum omnem natura sua continuam istam possessionem, id est continuum usum non habere, cum non semper ducatur aqua. Et ut forte sit ista in aquæductus caussæ et possessionis distinctio, quam falso adstruit; tamen illud quam ridiculum, quod *L. si quis diuturno*, interpretatur de aquæductu perpetuam caussam et possessionem habente: idem *d. l.* 3. §. *ductus*, accipi vult de aquæductu perpetuam istam caussam non habente? Et quo jure, aut qua tandem interpretandi lege; cum utroque in loco simpliciter et sine ulla circumscriptione scriptum sit de aquæductu? An tam stultus erat Ulpianus in *d. L. si quis diuturno*, ut si sentiret non omnem æquæductum longo usu acquiri, diceret nihilominus simpliciter aquæductum acquiri isto usu, ac non exprimeret, quem aquæductum intelligeret vitandi erroris caussa? Ante diverso tam ineptus scriptor aut malitiosus Pomponius in *d.* §. *ductus*, ut si sentiret aliquem aquæductum longo usu capi posse, nihilominus diceret, aut significaret simpliciter aquæductum longo usu non acquiri; quo dicto statim intelligeremus omnem non acquiri, aut certe quem accipi vellet, non intelligeremus?

(11) Quam Bartoli distinctionem quoque refert et refellit A. Fab. 10. *Conject.* 11. quia etsi aqua de cœlo cadit, quo casu nullum factum hominis intercedit, quam aquæductus speciem continuam vocat Bartolus, nec tamen semper expedit praedio dominanti aquam continuo duci, ne quidem si assidue plueret, etc.

Nihil eorum sano homini convenit, nedum Ulpiano aut Pomponio; peritis docendi et definiendi juris scriptoribus. Denique scimus nihil esse usitatius in interpretatione omnis scripti, et præcipue scripti juris, quam oratione generali omnes species contineri. *L. si servitus, D. de serv. urb. præd. L. Mævius.* 66. *§. duorum, D. de leg.* 1. Item ubi lex nihil distinguit, generaliter eam et sine distinctione interpretandam. *L.* 9. *§. animadvertendum, D. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam*, vers. *a quo, D. de her. pet.* Hæc eo spectant, non ut velimus hac refutatione satis responsum esse *d. L.* 3. *§. ductus, de aq. quotid. et æst.* cum si ea sententia, quam isti inde colligunt, ipsos lædit, etiam nobis adversetur, qui omnes servitutes longo usu acquiri dirimus: sed ut animadversis tam multis vitiis, quæ sunt in superiore sententia et distinctione Bartoli, ne unquam eam, si licet defugere, admittamus.

XVII. Sed quid agremus, dicet aliquis. Locus aperte ita scriptus est: ductum aquæ cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco haberi. Ex quo an non recte colligitur, si cujus aquæductus origo memoriam non excesserit, eum jure constituti loco non haberi, quantumvis longo tempore sit possessus. Quorsum enim adjectio tam diuturni temporis, si quovis longo tempore potest aquæductus usu acquiri? Scimus autem legem semper ita accipiendam, atque adeo sententiam omnem, ne sit inutilis. *L.* 4. in fin. *D. ad munic. L. si quando*, 109. *D. de leg.* 1. Ego vero ut de objectione jam respondeam, aio ex superiore loco nihil istius recte colligi, et nihilominus adjectionem et sententiam totam, uti scripta est, esse utilem. Aquæductus cujus originis non exstet memoria, certo jure pro constituto habetur, atque hoc modo acquiritur. Ita est. Sed non si quid uno modo recte acquiri et constitui dicitur, ideo negatur alio modo acquiri et constitui posse. Alioqui cum dicitur in *L.* 3. *D. de usufr.* usumfructum constitui testamento, et sine testamento pactionibus: dicendum esset usumfructum non constitui a judice in judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo: aut etiam non constitui lege. Quorum utrumque secus est, ut suo loco diximus. Item cum dicitur, traditionibus, et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri *L. traditionibus, C. de pact.* consequens esset dominium non transferri aliis modis puta legato, et similibus plerisque. Quapropter et in proposito recte ita dicemus: aquæductus jure constituti loco habetur, cum origo aquæ ducendæ hominum memoriam excessit. Sed non eo minus verum est et alio modo acquiri posse, nempe longo tempore. Et quidem ita eum posse acquiri diserte scriptum est in *d. L. si quis diuturno, D. si serv. vind.* et significatur satis in *L.* 2. *C. de servit.* Neque ideo inutiliter dicetur aquæductus jure pro constituto haberi, cum per id tempus aqua ducta erit, cujus origo memoriam excesserit. Aliter enim (12) hoc modo pro constituto habetur; aliter cum longo solum tempore acquiritur. Nam priore modo dicitur simpliciter pro constituto haberi, nec quæritur, utrum qui usus est, nec vi, nec clam, nec precario a domino possederit. Posteriore autem non simpliciter; sed ita, si quis præter longam possessionem nec vi, nec clam, nec precario servitute usus fuerit, *d. L. si quis diuturno.* De quo jam dicetur.

(12) Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 17. accipit *d. §.* 4. de ductu aquæ ex flumine publico per §. 2. *ejusd. L.* ubi nulla potest esse domini scientia, qui nullus. Post 100. annos vero non servitutem constitutam, verum naturæ beneficio videri concessam, tanquam sua sponte eo aqua confluat, et fere Robert. 4. *Sent.* 8. requiri ideo longius tempus, quia scientia domini exigi nequeat, cum flumen sit nullius; ac Hot. 4. *Obs.* 2. *P.* Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Membr.* 1. *C* 10. *n.* 28. *et seqq.* Quod et ex *L.* 7. *C. h.* 1. confirmat Vult. *ad pr. I. de usuc.* *n.* 23. Sed hoc displicet Ræv. *in Tribon. C.* 9. quem vide. Aliter Cujac. 18. *Obs.* 28. immemoriam requiri *d. §.* 4. non ut acquiratur, sed ut jure constituti loco habeatur, et A. Fab. 19. *Conject.* 11. quia cum jure constituti loco est, nihil eorum requiritur, quæ alias ad servitutes tempore acquirendas, ut scilicet suo jure non vi clam precario, usus sit. Quod in effectu cum nostri sententia convenit. Et probat Faber hanc distinctionem ex *L.* 1. *§. ult. de aq. pl. arc.* verbis: *longa consuetudine vel ex jure impositam*; quibus vult separari acquisitionem decennalem a constitutione temporis immemorialis. Prior autem responsio nostri ibi. *Non si quid uno etc.* tuta non videtur, quia si semel acquisitum jus servitutis expleto decennio, non potest denuo acquiri completo tempore immemoriali *L.* 14. *§. ult. de exc. rei jud. et sim.* Aliter Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. *§.* 8. ad omnium servitutum acquisitionem tempus immemoriale exigens. Temporali autem præscriptione, quam admittit *L. ult. C. de præsc. lon. tem. L.* 2. *C. h. t.* non acquiri servitutes, nec inde actionem oriri, sed tantum exceptionem. Aliter Hieron. *Elen. Lib.* 2. *Diatrib. C.* 11. omnes servitutes usu 10. vel 20. annorum acquiri, modo bona fides adsit. De qua si nihil probetur, exigi tempus memoriam excedens.

CAP. XII.

Servitutes prædiorum non uno modo usucapi, ut res corporales; sed principaliter; tribus; uno etiam per consequentiam: Et quinam hi modi.

Continuatio. I.
Usucapiuntur servitutes tribus modis primariis, uno autem secundario. II.
Servitutem usucapit, si quis a non domino bona fide, ex justa caussa prædium alienum acceperit, illudque longo tempore possederit. III.
Item si quis nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui erat prædii servientis dominus, diu fuerit usus servitute. IV.
Secundus hic usucapiendi modus quatuor desiderat: 1. *in acquirente usum.* V.
Hic cujusmodi sit; in dubio adesse existimatur; probatio ad negantem spectat. VI.
2. *Usum continenter nec interrupte habitum.* VII.
3. *Et hunc ad longum et diuturnum tempus.* VIII.
4. *Sed nec vi, nec clam, nec precario captum, et continuatum.*
Quid sit, uti vi, clam, et precario. IX.
Superior usucapiendæ servitutis modus usum longi temporis non interruptum, scientiam et patientiam domini; non autem titulum, aut bonam fidem requirit. X.
Propugnatur ista definitio. XI.
Ulpiano asseritur in L. si quis diuturnu, 10. D. si serv. vindic. XII.
Refellitur Duareni sententia et interpretatio. XIII. XIV. XV.
Iterum et tertio servitutem acquirit qui utitur od tempus, cujus origo memoriam hominum excedit. Quid hic usucapionis modus a superioribus differat. XVI.
Secundaria et per consequentiam quatenus servitus usucapione quæratur. XVII.

I. Effectum est igitur servitutes usu acquiri posse, et omnes posse, quando omnes possessionem et eam continuam recipiunt. Quo constituto, sequitur ordine illud tertium, quod proposuimus, ut videamus, quomodo usu longo acquirantur.

II. Acquirantur autem non uno modo, ut res corporales, sed pluribus. Per se quidem et principaliter tribus: uno autem per consequentiam.

III. Et ex tribus illis unus maxime cognitus, idemque cum rebus corporalibus communis hic est: ut servitus longo usu et tempore acquiratur, si quis eam in prædio alieno emerit, aut ex legati, donationis, vel alia justa caussa acceperit a prædii possessore, qui dominus non erat: bona fide tamen, cum eum dominum esse existimaret, ac deinde servitutem per longum tempus possederit, id est, servitute per id tempus ut sua sit usus. Sic est rerum corporalium usucapio. *Inst. de usuc.* in pr. *L. unica. C. de usuc. transf.* Et isto quoque modo recte servitutes longo usu acquiri inter omnes convenit, quæ quidem ipsorum judicio recipiant usucapionem. Ac de ea usucapione servitutum loquitur Justinianus in *L. ult.* §. *ult. C. de præscr. long. temp.*

IV. Alter modus est servitutum proprius, non minus tamen jure receptus in hanc sententiam, ut servitus longo usu et longa quasi possessione acquiratur velut jure constituta, si quis ea diu usus sit, nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui prædii servientis dominus erat. Constituitur hæc usucapio servitutis his locis, *L.* 1. in fin. *D. de aq. plu. arcen. L. si quis diuturno. si ser. vindic. L.* 1. in fin. et *L.* 2. *C. de servit.* Nam et huc referri debet species *d. 7.* 1. *C. de servit.* ubi is, qui altius ædificaverat contra veterem formam et statum ædificiorum, et officiebat luminibus vicini, conveniebatur a vicino negatoria actione, qua intendebat jus adversario non esse ita ædes suas contra veterem formam sublatas habere ex *L. qui luminibus, D. de servit. urban. præd.* Ille fatebatur contra veterem formam ædes sublatas; sed sibi jus altius tollendi longo usu et possessione quæsitum esse dicebat, quia per longum tempus nec vi, nec clam, nec precario id jus possedisset, id est, altius ædes ita sublatas habuisset. Rescriptum est, judicem sciturum in ea lite, longi istius temporis consuetudinem, id est usum, ei qui lite pulsatur, vicem servitutis obtinere, id est, quod alibi dicitur, eum, qui ita usus est, habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem. *L.* 1. in fi. *de aq. plu. arcen.*

V. Exigit hæc acquisitio quatuor, neque plura. Primum ut quis servitute usus sit.

VI. Usus intelligitur, qui suo jure uti se credidit, nec quisquam alius. *L. ult. D. quem. ser. amit. L. ult. D. de iti. act. pri.*

Hic enim servitutem possidere oportet ad usucapionem. *d. L. ult. de iti. act. pri.* Non possidet autem, nisi qui animo dominantis rem tenet, idest, qui pro sua possidet. *§. idem placet, Instit. per quas pers. nob. acq. L. sciendum*, illic, *cum vero*, *D. qui satisd. cog.* Sed unusquisque in re dubia suo jure uti existimatur, non alieno, conjectura ex iis, quæ fieri assolent, ducta. *L. merito*, *D. pro. soc.* Item bona fide rem tenuisse pro sua, non dolo malo: ut si quis dicat eum, qui servitute usus est, suo jure aut bona fide usum non esse, id probare debeat. *L. pen. C. de evict. L. quoties*, *§. qui dolo*, *D. de prob.* Probandi ratio, si doceat eum, qui usus est, necessitate coactum usum esse vel propter incommoditatem exundantis rivi, vel quia via publica interrupta erat. *L.* 1. *§. Virianus. D. de iti. act.* pr. Aut doceat eum, qui servitute usus est, existimasse viam esse publicam, aut iter alterius, cujus nomine utebatur. *L. ult. quem. ser. am.*

VII. Secundum exigit hæc usucapio commune item cum vera usucapione, ut quis continenter et sine (1) interruptione per legitimum tempus servitute sit usus. Interdicto, atque hoc modo interpellato ante id tempus usu servitutis, acquisitio non procedit. *L.* 2. *C. de usuc.*

VIII. Tertium etiam commune, ut quis sit usus longo et diuturno tempore. *L. si quis diuturno, si ser. vind. d. L.* 2. in fin. *C. de ser. L.* 1. in fi. *D. de aq. plu. arc.* Quod esse diximus decem annorum inter præsentes, et viginti inter absentes. *d. L. unica*, *C. de usucap. transf. L. super*, *C. de præs. long. tem.*

IX. Quartum hujus acquisitionis proprium, ut qui usus est, usus sit nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui prædii servientis dominus est. Vi utitur, qui cum prohiberetur a domino, nihilominus utitur. *L.* 1. *§. hoc interdictum*, *D. quod vi aut clam.* Clam, qui dominum celat, neque ei denuntiat, *L.* 3. *§. clam facere*, *D. eod.* Precario is, qui precibus impetravit a domino ut sibi servitute uti liceret. *L.* 1. *D. de prec.* Hæc omnia ita, si quis his modis non possideat ab eo, qui est prædii servientis dominus. In quo hoc exigitur, ne usus sit, domino ipso aut ignorante, aut sciente quidem, sed vel prohibente, vel roganti concedente. Idque est quod aliis verbis dicitur ac veluti explicatur in *L.* 2. *C. de servit.* cum tempore quæsisse servitutem aquæductus per possessionem, idest, per fundum Martialis, qui eo sciente nec interdicente aquam duxit.

X. Distat hic modus usucapiendi a superiore his rebus. Nam in superiore exigimus, ut qui usucapit servitutem, quoniam hoc habet cum rerum corporalium usucapione commune, ut ignorante domino usucapiat, ideo et sequentia eodem exemplo exigantur; ut servitutem acceperit ab alio, et eo non domino; quoniam alioqui statim quæreretur servitus. Tum hac de caussa, ut bona fide et justo titulo, quem probare oporteat. Interim, ut dixi, pro justi tituli quærendi et probandi incommodo, hoc illi commodum præstatur ut possit usu acquirere servitutem ex hac caussa, quamvis servitute usus sit domino prædii ignorante. Nam et in rebus corporalibus ad usucapionem rei alienæ non est necessaria domini scientia. *d. L. ult. §. ult. C. de pres. lon. tem.* In hoc autem modo posteriore, superiora omnia in contrarium mutantur. Nam ut prius illud exigimus præter exemplum usucapionis rerum corporalium, ut quis domino ipso prædii sciente nec contradicente usus sit; ita superiora illa duo non requirimus, ut scilicet servitutem acceperit aliunde, multoque minus, ut justo aliquo titulo acceperit, aut se accepisse probet, dum prius illud præcesserit. Ut in summa ad justam acquisitionem servitutis sufficiat longi temporis continens usus, sciente domino, sine alio titulo.

XI. Hæc sententia est (2) communis pro-

(1) Interruptio autem fit non quavis verbali prohibitione, sed factis testata, ut vult A. Fab. *in Cod. Fabr. h. t. Defin.* 1. et 10.

(2) Cæpolla *de Serv. urb. C.* 20. *n.* 6. Sichar. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 4. *et seq.* Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 15. *et seq.* Temporis, sit, diuturni decursus solus faciat, ut censeatur verum servitutis jus habere. Non enim illo usu quæritur servitus, sed creditur debita nisi contrarium probetur. (Sed non puto hic contrariæ probationi locum esse) et *n.* 17. Nullo titulo opus est, dum sciente domino fecerimus, ejus enim patientia certum præbet argumentum aliquando impositæ servitutis, et Zoanst. *ad L.* 2. *C. de pact. int. empt.* *n.* 167. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 65. *n.* 7. *et seq. et C.* 78. *n.* 1. Vaud. 2. *Q.* 3. *n.* 49. Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 8. *n.* 40. A. Fab. 19. *Conject.* 10. qui eodem fere modo, quo noster. Bron. 1. *Ass* 93. P. Gilken. *de Præsc. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 12. *et seqq.* Paurmeist. 1. *de Jurisd.* 21. *n.* 26. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 7. *n.* 14. titulum specialem veluti pro legato, donato, etc. non requiri, sed sufficere generalem Pro suo, si bona fide utatur, justo errore motus ut servitutem suam credat. Cujacius amplius ad *L.* 14. *§. ult. de usuc.* nec titulum nec scientiam domini exigit. Ideo autem in *L.* 2. *C. h. t.* verba *eo sciente* haberi, ut scismus eum non clam de-

pe omnium interpretum, et judicio meo vera, quam recte probare videntur ex *L. si quis diuturno*, *si ser. vind.* Sed quia a nonnullis vocatur in dubium propter eos locos, quibus traditur, nullo justo titulo præcedente prohiberi possidentes juris ratione dominium quærere, seu usucapionem non procedere, ut *L. nullo, C. de rei vind. L. ult. C. de usuc. pro her.* haud abs re erit non in ea sententia paulo certius confirmari. Probatur vero hæc sententia tot locis, quot sunt, quibus hæc acquisitio statuitur a veteribus. Primum in *L.* in fin. *D. de aq. plu. arc.* ita definitur, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem, qui diu usus est nec vi, nec clam, nec precario. Quando servitus non invenitur imposita, nisi cum non invenitur titulus, quo est imposita? Tituli sunt enim eæ caussæ, quibus res quæque alicui acquiritur, aut acquirendi caussa in aliquem confertur. Non igitur aliud exprimitur superioribus verbis, quam longa ista consuetudine servitutem pro jure imposita haberi, etiam si de titulo impositæ servitutis nihil inveniatur, nihil doceatur. Id fit certius ex eo, quod adjicitur *ibidem*, jus superius nos sequi in servitutibus, quasi quod sit servitutum proprium. Inepte adjectum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigimus: cum titulo accedente nihil hic de usucapione servitutis statuatur, quod non sit cum usucapione rerum corporalium commune. Sed et illud ejusdem rei evidentius argumentum, quod dicitur superiore longa consuetudine servitutem ita acquiri, si qui usus est, usus sit nec vi, nec clam, nec precario. His enim verbis exigitur, ut quis usus sit domino prædii servientis sciente ut supra ostendi. Vitiose exigitur, et contra jus, si titulus intervenit: quoniam titulo, et bona fide accedente, non requiritur ad usucapionem domini, adversus quem usucapio est, scientia. *d. L. ult. §. ult. C. de præscr. lon. tem.* Non aliud intelligere possimus significari *L.* 2. *C. de servit.* his verbis, aquæductus servitutem longo tempore acquiri, si quis aquam per fundum domini eo sciente nec contradicente per id tempus duxerit. Non potest, inquam, hæc sententia ullo modo sine vitio intelligi de eo, qui titulum habeat justæ possessionis. Aut enim a domino fundi habebit, aut ab alio. Si a domino; statim illi servitus quæsita est, nec requiretur longi temporis possessio. Si a non domino; jam dixi frustra, et contra formam juris exigi, ut aquam duxerit domino fundi sciente: eum qui ex justo titulo rem habet, licet a non domino, is etiam vero domino ignorante possit usucapere. *d. L. ult. C. de præscr. long. temp.*

XII. Postremo bene hanc sententiam expressam putant in *L. si quis diuturno*, *D. si serv. vind.* Illic enim ita scribit Ulpianus: eum, qui aquam duxit longo tempore nec vi, nec clam, nec precario, jus aquæ ducendæ nactum esse; et non esse ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est. Atque hoc jus statim interpretatur titulum. Subjicit enim, veluti ex legato, vel alio modo. Legatum, acquirendi et usucapiendi justum titulum esse constat. *L. Celsus, D. de usucap. tot. Tit. D. pro legato.*

XIII. Dissentit tamen (3) Duarenus. Is

duxisse, posse autem et ignorante domino duci, modo non adsit celandi animus, et P. Busius *ad L.* 14. *D. h. t. n.* 9. id ita in *d. L.* 2. ad speciem propositam rescriptum esse, ut clandestini actus excludantur, qui et *ibid. n.* 7. *et* 8. ineptam distinctionem habet inter præscriptionem decennalem, quæ tantum exceptionem et confessoriam utilem; ac quasi usucapionem ex jure constitutionom, quæ directam actionem pariat.

(3) Et ad *d. L.* 10. *si serv. vind.* quia jus non significet titulum, sed quid majus ac amplius, videlicet ipsam servitutem 2. *§. ult. d. t. L.* 1. *§. ul. de aq. pl. L. apparet* 5. *§.* 3. *de it. act. priv.* P. Grangian. *Parad. Cap.* 46. et Coras. *ad L.* 14. *h. t. n.* 31. Ibid. Duar. scientiam non esse necessariam, sed sufficere si adversarius patiatur nec impediat. Et Rev. *ad L. Scribon. C.* 7. qui *d. L.* 10. interpretatur ex *L.* 12. *Quem ser. am.* et accipit de eo qui fundum bona fide emit, ac cum fundo servitutem possedit. Hic inquit, non cogitur docere de justa servitutis origine, quomodo auctori suo servitus constituta sit. Et Hot. 8. *Obs.* 10. quia in *L.* 4. *C. de præscr. lon. tem.* negatur præscriptio longi temporis sine titulo procedere. Et *L.* 8. *C. de præsc.* 30. *ann.* ita dat actionem ei qui diu possedit, si emptionis, legati vel alio titulo bona fide possederit. Idem male accipit *d. L.* 10. de servitute tempore immemoriali acquisita pro *tot* reponens *centum*, ac conjungendum dicit *L.* 1. *§. ultim. de aq. pl. arc.* quæ ex eodem libro. Sed nec in *d. §. ult.* vetustas infinitam memoriam significat; ut vult Cujac. *ad L.* 4. *§. ult. de usuc.* Hotom. *d. lo.* 4. *et Obs.* 2. Sed tempus 10. annorum per verba seq. *diu et longa*, ut rectius idem Cujac. 18. *Obs.* 28. et Ræv. *in Tribon. C.* 9. vid. et Cornel. a Beuthel. *Centur. QQ. de posses. Q.* 99. Mihi sic stat sententia. Semper hic titulum exigi, neque ab eo, et generali regula juris me vel auctoritas vel rationes nostri et aliorum dimovent. Semper exigi scientiam alterius, verum non domini *L. ult. C. de præsc. lon.* alioqui rarissima erit hæc usuca-

Lib. 1. *Disput. Cap.* 34. ea verba Ulpiani, *non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est,* interpretatur de jure civili et directo. Ut sit sententia; ei, qui ita, ut supra, aquæductum nactus est, recte servitutem quæsitam videri, quanvis jure, id est, jure civili et directo, non sit constituta. Et ob id non debere eum de hac legitima constitutione probare. Non temere factum est, ut ita sentiret. Sic servitus jure imposita dicitur in *L.* 1. in fin. *de aq. plu. arcen. L.* 5. *§. penult. de iti. act. pri.* Sed et illum movit præcipue exemplum rerum corporalium; de quibus, ut supra dixi, ita scriptum est in *L. nullo, C. de rei vind.* nullo justo titulo præcedente possidentes ratio juris quærere dominium prohibet. Et quæ rei æquitas fecit, ut aliud servandum sit in servitutibus, rebus alioqui ejusmodi, quæ vere non possideantur? Nam quod dicunt vulgo eo fieri, quia in servitutibus agatur de rebus exigui momenti; neque hoc verum est, nec si verum esset, ideo in his titulus remittendus fuit possessori ad usucapionem. Nam et inter res corporales mobiles sunt pleræque sine dubio multo minoris pretii, quam ullæ servitutes. Neque tamen in ulla re corporali usucapionem sine justo titulo admitti legimus. Repugnat. *d. L. nullo.* Sed etsi Duareni multum me movet auctoritas, et in hac

pio, de qua tamen tot juris loci habentur, neque finis usucapionis, dominiorum certitudo, litiumque amputatio in hac servitute acquisitione attenditur. Quotus quisque enim ita facilis suo ut prædio servitutis onus sciens obtrudi patiatur. Quod si patiatur, nonne apertus hic donandi animus re et facto (*faciendi* verbo et non factum ac patientia continetur) declaratus. Saltem nonne præsumptio, donationis ac consensus domini breviori tempore induci potest, maxime si actus quibus servitus exercita, crebriores. Cujus igitur? vicini possessoris, sive ab eo titulus habeatur, sive ille isti successerit, sive quavis alia ratione istius prædii possessionem adeptus sit. Neque aliud probat recte perpensa *d. L.* 2. *C. h. t.* Verba enim, *per possessionem* convincunt proprietatem ejus fundi, ad Martialem, quo sciente aquam duxisse consulens preponitur, non pertinuisse *L.* 115. *de V. S.* Quin verba confestim subjuncta, *exemplo rerum immobilium,* firmiter arguunt, nec facilius admitti hanc acquisitionem, quam si eadem requisita, quæ in rerum immobilium usucapione leges desiderant, inter quæ et titulus est, intervenirent. Dices. At rerum soli usucapio non desiderat cujusquam scientiam. Nec sit igitur similitudo convenit. Resp. Nihil vero hic diversum. Non enim scientia talis requiritur ut sciat vicini fundi possessor nullum jus aquæductus ex. gr. competere vicino servitute utenti (imo tunc maxime curret quasi usucapio, quando existimat eum suo jure facere) sed satis est si sciverit facto ipso vicinum aquam ducere; si id nec se invito nec occulte, nec ad tempus indulgente faciat, ac ita nec vi, nec clam, nec precario ab eo utatur. Ideo autem hoc, quia hæc scientia et patientia est loco possessionis *L.* 1. *in fin. R. P. L.* 11. *§.* 1. *de Publ. in rem.* Nisi igitur patiatur et sciat vicinus, nec quasi possessio habetur. Belle igitur similitudo convenit. Nam et ut ex traditione rei corporalis usucapiendi facultas sit, requiritur voluntas actoris a quo possidendi caussa *supr. Lib.* 5. *Cap.* 18. Quin et si a domino imponitur servitus, requiritur et titulus et scientia illius, *L.* 16. *si ser. vind.* Eadem igitur et in persona non domini intervenire debent ut transeat usucapiendi facultas *§.* 5. *I. Per quas pers.* Et hæc scientia est quam exigi convincant aliæ leges. *d. L.* 1. *§. ult. de aq. pl. L.* 10. *si serv. vind.* dum usum, nec vi, nec clam, nec precario habitum desiderant. Minime enim sequitur scientiam veri prædii domini requiri. Pone dominum forte 100. miliaribus abesse per annos 30. Alius (sive cum titulo, sive sine eo, quoad hæc non refert) aquæductum per illius fundum habuit interea, a nemine precibus obtentum, palam, nullo resistente. Quis dicet hunc usum clandestinum, violentum, precariumve esse ob inscientiam domini absentis; de quo calando ne cogitare quidem potuit aquæductus usum; qui alium, possessorem videlicet dominum putavit, hunc ignoravit. Clam vero facit is, qui celat adversarium, a quo controversiam timet *L.* 3. *§. pen. Quod vi aut clam L.* 6. *pr. de acq. possess.* Neque igitur domini scientiam requiro, nisi eo casu, quo titulus ab alio possessore habetur, et nondum expleta usucapione dominus possessionem rei suæ acquisivit vel recepit. De quali specie *d. L.* 2. *C. h. t.* si omnino de domini scientia loqueretur, accipere nihil vetaret. Rescripta enim ad propositos casus emanarunt. Nullus itaque est secundus modus quasi usucapionis. Et cum nec tertius, quem noster facit, proprie sic dici possit, fatente eodem: una erit ac simplex servitutes quasi usucapiendi ratio, sicuti et rerum corporalium; quarum exemplo hæc inducta *d. L.* 2. Nihil jam obstat *L.* 1. *§. ult. de aq. pl.* Nam 1.° vere non imposita servitus etiam quæ bona fide et justo titulo a non domino accepta *L.* 6. *in fin. pr. L.* 8. *Comm. præd.* et ne quidem usucapione expleta, imposita proprie dicitur, sed quasi imposita, per *d. §. ult. v. videatur.* 2.° Nihil hic peculiare habere servitutes convincunt voculæ *et* ac *hoc idem.* Dicit IC. *Et in servitutibus hoc idem sequimur,* id est, *idem,* quod in corporibus obtinet, trahimus ad servitutes, licet de his major sit dubitatio. 3.° Verba *neque vi etc.* non arguunt requiri scientiam domini, sed possessoris *L.* 6. *pr. de acq. poss.* ut ex dictis patet. Quin vel ex his ipsis verbis Ræv. *de L. Scribon. C.* 7. tituli necessitatem adstruit. Quomodo, ait, ostendet se usum, *non vi,* nisi auctore nominato, *non clam,* nisi denunciaverit domino (dicere debebat possessori) *L.* 3. *§. pen. non precario,* nisi doceat

parte ratio; non tamen facit, ut de superioris loci interpretatione assentiar. Quin potius fatendum est, eam interpretationem neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenire, et præterea sententiam efficere per se vitiosam.

XIV. De verbis arbitror facile posse demonstrari. Jure quidem constituta servitus sicubi dicatur simpliciter, recte fortasse accipiatur eo modo, quo ille interpretatur. Verum non ita loquitur Ulpianus in supra scripto loco, ut hic consistat; sed quid intelligat verbo juris, explicat exemplo; dum ait velnti ex legato. Ut jam verbis ipsis illius perinde habeatur, quod prius dixerat, quasi dixisset non esse utenti necesse docere de titulo, quo aqua constituta est. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum possessionis nanciscendæ, sed modum, quo aqua jure civili imposita sit, multo minus verbis convenit. Potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi a quo servitutem jure impositam nemo dixerit. Quod si a domino (4) legatam accipiemus, jam hoc non convenit loci sententiæ, in quo quæstio posita est de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu et longa quasi possessione; non de eo, qui nactus est statim; de quo certe nulla esset dubitatio. At si cui legata esset servitus a domino prædii, nemo ignorat et statim, et optimo jure jam a principio fore constitutam. Ac ne illud quidem verbis convenit, ut dicamus eum, qui longo usu jus aquæ ducendæ nactus est, non habere servitutem constitutam jure civili; sed tantum utilem actionem habere. Longe enim aliud est dicere aliquem non habere servitutem jure constitutam: aliud non esse necesse ei, docere servitutem constitutam jure. Nam qui prius dicit, omnem contrarium probandi non necessitatem, sed facultatem adimit. Qui autem dicit posterius, hoc significat contrarium probari posse, si reus velit: sed non esse ei necesse id facere, quia etiam si servitus jure ipso non sit imposita, tamen hoc casu nihil noceat. Sed demus hanc esse sententiam Ulpiani, eum, qui longo usu jus aquæ ducendæ nactus est, sic utili tantum jure servitutem nactum esse, seu ita utilem tantum actionem de servitute habere, ut tamen non sit ei necesse docere de jure civili et directo, quo aqua constituta est, aut quæri potuit. Sententiam hoc modo efficimus inutilem, positam videlicet de eo, de quo nemo posset juste dubitare. Plusquam enim certum est jure, eum qui utilem actionem habet, non necesse habere quidquam probare de directa, quia si diceretur habere directam non desideraret utilem: et qui utilem habet non desiderat directam, cum utraque jure certo eamdem vim et potestatem habeat. *L. actio, antep. P. de neg. gest.*

XV. Moveri non debemus illis sententiis, quibus definitur, nullo justo titulo præcedente possidentes ratione juris dominium quærere prohiberi; *L. nullo. C. de rei vind.* item, non præcedente vero titulo usucapionem non procedere, ut sine hoc aliquo obtentu domini intentio ullo unquam tempore absumatur, *L. ult. C. de usuc. pro her.* Nam et possessionis, et usucapionis et dominii verba, quibus superiores sententiæ absolute conceptæ sunt, declarant eas scriptas esse de usucapione rerum corporalium, in quas solum proprie cadit possessio, usucapio, dominium. Sane vero in rebus corporalibus nulla est usucapio, nisi justo titulo præcedente. Num ergo idem jus esse dixerimus in servitutibus? Immo superiores loci alia definitione omni in his utentes, et præsertim *L. 1. §. ult. de aq. plu. arc.* quæ nominatim addidit, in servitutibus hoc nos jus sequi, quod supra diximus, aperte ostendunt in harum usucapione aliud jus observari. Et ne moveamur exemplo, ratio in promptu est. Non illa vulgaris inepta, quia servitutes sint res (5) parvi

qua auctoritate jus nactus fuerit. Quæ tamen an satis firma sint nolim asserere. Sufficit mihi, si hæc verba tituli necessitati non adversentur, etsi forte nec eamdem inferant. Neque enim si hinc non probatur, ideo nulla est, modo de ea constet aliunde, vel ex juris ratione. Semper supponendi sunt termini habiles. Nec obstat *L. 10. si serv. vind.* Nam 1.° ea accipi potest, juxta expositionem Rævardi ut *supra hac* N. 2.° Nec Duareni interpretatio absurda. Qui immo *jus quo aqua constituta est*, incongrue exponitur de titulo. Nam verum non est titulum qui a non domino habetur constituere servitutem *L. 6. in fi. com. præd.* Nec resistunt verba sequentia *veluti ex legato*, quæ interpretationem capiunt ex præcedentibus. Possunt accipi de legato alterius quam domini, possunt etiam de domino legante, et sic debent, ut exemplum conveniat propositioni, quia legatum alterius non est jus aquæ constituendæ *d. l. 6. in fin.*

(4) Nihil hæc obstant. Indubium est, titulo a domino accepto, statim acquiri. Verum hoc maxime dubium, quod tractat Ulpianus *d. L. 10.* an aliter, quam statim acquiratur; et an diuturnus usus quidquam proficiat, si non de jure constitutæ aquæ, id est, de ea a domino accepta doceatur.

(5) Ita Mart. Laudens. *in L. 14. h. t. n. 7.* Cæpolla *de Serv. urb. C. 20. n. 6.* quia non agatur de acquisitione dominii, sed de conditione rei gravanda. (Unde aliud esse in usufructu qui pars dominii) quod et re-

momenti, quæ sæpe sunt maximi: sed hæc, quam superiores sententiæ suggerunt, quia, ut est acquisitio, de qua nunc agimus, hoc exigitur, ut quia servitute utatur domino prædii sciente. Scientia domini, et patientia tot annorum justam probationem adferunt jure constitutæ servitutis. Non est enim verisimile dominum tamdiu utentem pasaurum fuisse, nisi sciret, aut vellet etiam ipse jure constitutam esse servitutem. Diuturnitas temporis adversus eos, qui patiuntur, hujusmodi probationem in usu juris afferre consuevit. *L. qui in aliena*, 6. §. 1. *D. de acquir. hered. L. cum de in rem verso, D. de usur.*

XVI. Tertius modus usu acquirendæ servitutis hujus item generis proprius; nec minus jure receptus hic est, ut servitus sine alia conditione jure constituta habeatur, si usus origo memoriam hominum excedat. *L.* 3. §. *ductus, D. de aq. quot. et æst.* Quod si ita est, apparet hunc modum differre his rebus a duobus prioribus, quod hac diuturnitate temporis posita neque titulum possessionis desideramus, ut in primo; neque scientiam domini prædii, ut in secundo. Sed sola illa longinquitas valet ad usucapionem. Itaque vere supra diximus distinctas esse usucapiones, et unamquamque ita habere suas utilitates, ut qui uno modo ex his servitutem usucapi dicat, non ideo removeat cæteras tanquam inutiles. Neque pluribus modis servitus per se usu acquiritur.

XVII. Uno modo usu capitur per consequentiam, cum usucapitur (6) cum prædiis, cujus usucapionis mentio est in *L. si aliena*, §. *hoc jure, de usucap.* Id autem tum fit, cum prædium ipsum, cui servitus debetur, usucapitur. Prædium usucaptum, et hoc modo translatum ad alium, cum sua conditione ad novum dominum transit. *L. via*, §. *si fundus, D. de servit. urban. præd.* Sic fit; ut hic non servitus usucapitur per se ullo modo: sed prædio vere usucapto, servitus jam ante prædio debita sequatur, atque ita videatur ipsa quodammodo per consequentiam prædii usucapi.

probat A. Fab. 19. *Conject.* 10. Alia ratio Cæpollæ est, quia servitutes hæ quæruntur rei, quæ sibi providere non potuit de titulo. Nugæ.

(6) Vid. M. Lyclama *Lib.* 2. *Membr. ecloga.* 6. qui in hoc differentiam quandam facit inter urbanas et rusticas servitutes.

CAP. XIII.

De jure servitutis constitutæ: Quid ea contineat, quid cui tribuat quæsita, quid de jure prædii servientis adimat. Ac primum quatenus constituta efficiat prædia, in quibus consistit, cum id, cui imponitur, tum id, cui acquiritur.

Ordo et partitio. I.
Jus servitutis ad prædia primario; secundario pertinet od personas. II.
Est jus idem prædio utrique cum dominonti, tum servienti semper affixum. Quæ ex hoc consectaria. III. IV.
Dominanti quæsitum jus illud, omnibus ejus partibus debetur. V.
Servienti impositum, partibus ejus omnibus et ab initio et postea interdum incumbit; nonnunquam omnibus, sed ob initio dumtaxat: ut plurimum uni ejus parti, etiam ab initio tantum inhæret. VI.
Parti uni, si aut demonstratus certus servitutis locus, aut etiam in servitutis constitutione certo designatus. VII.
Omnibus perpetuo fundi partibus: cum nominatim totus fundus addicitur servituti. VIII.
Ab initio omnibus, sed uni postea dumtaxat: cum indefinite constituta servitus omnes ab initio habet obnoxias fundi partes quoad electionem; ot unius dumtaxat et certæ partis usum requirit. IX.
Superior ista distinctio, et huic accommodata definitio veteribus placuisse ostenditur; et contrariis occurritur. X. XI. XVI.
Electio certæ partis in fundo serviente ad eum spectat, cujus prædio acquiritur servitus. XII.
Ad legatarium, non ad heredem. Interpretatio L. si via 26. D. de servitut. præd. rustic. XIII.
Qui loci fundi servientis excipiantur ab electione. XIV.
Exceptionis interpretatio, et defensio. XV.
Electione facta certæ partis fundi, per quom iter aut via v. c. dirigatur, non licet amplius ab ea discedere. XVI.
Pars illa quantæ latitudinis esse debeat, interest utrum servitus, nullo demonstroto loco, sit constituta; an certo loco demonstrato. XVII.
Priori casu, latitudo retinenda, quæ est lege definita; aut si hæc desit, ea, quæ conveniat constitutioni servitutis, capienda. XVIII.
Posteriore, latitudo ex capacitate loci metienda, et genus servitutis ex ea æstimandum. XIX.

I. Servitute constituta, quæsitaque, ut diximus; quærendum ordine de jure servitutis: idest, quid contineat, quid, cui tribuat quæsita, quid de jure prædii servientis adimat. In quo est vis et utilitas servitutis constitutæ. Res una, cujus caussa servitutes comparantur.

II. Servitutis jus partim ad prædia, partim ad personas dominorum pertinet. Ad prædia ipsa primum, in quibus consistit, sive his acquiritur, sive his imponitur servitus. Sic deinde ab his dominii jure transfertur ad personas, et usum dominorum.

III. Ad prædia primum ita pertinet, ut sive prædium id spectemus, quod servitutem præstat, sive id, cujus caussa servitus constituitur, utrobique proprie non aliorum sit servitus, quam prædiorum. Illud constat, si cui prædio servitus imponitur, hanc illius prædii servitutem esse, non personæ. Unde et prædium ipsum (1) servire dicitur, non persona. *L. cum fundus, D. com. præd. L. certo,* §. 1. *L. via,* §. *si fundus, L. si mihi concesseris, D. de serv. rust. præd.* et passim. Sed non mirum in servitute prædii, cum de prædio serviente agitur: cum et hoc idem in servitute personæ accidat, quæ alicui rei imposita, hanc afficit, huic cohæret, ut nec mutatione dominii ejus amittatur. *L. neque D. quib. mod. us. amit.* Dubitari potuit de eo prædio, cujus caussa servitus constituta est, num et hujus servitutem dici oporteret, ac non potius domini, qui sui usus et commodi caussa acquirat servitutem. Sed et in hoc prædio hæc conditio est servitutis, ut ea prædio

(1) Et hinc rem derelinquendo onus servitutis effugere licet. *L.* 6. §. 2. *in fin. si ser. vind.* quod non liceret si homines deberent non res *L.* 7. *pr. de aq. pl.* Jo Sup. *ad L.* 1. *h. t. n.* 2.

acquiratur, unde et prædio dicatur deberi, et prædii esse, non personæ. *L. certo*, in pr. *L. via*, §. *si fundus*, et §. *ult. L. si mihi eodem*, in fin. *L. unus*, *D. de serv. rust. præd.* Qua ex re et fundus serviens huic ipsi prædio servire dicitur. *d. L. cum fundus. com. præd.*

IV. Hæc res facit, ut sive fundus serviens, sive is cui servitus debetur, mutato dominio ad alium transeat, utroque usu durent servitutes, et sequantur fundum; ut sive ante debuit, etiam alienatus serviat, sive ei ante debebatur, etiam alienato eo, eadem debeatur servitus: re utrobique cum sua conditione ad alium translata. *d. L. via*, §. *si fundus*, *de ser. rust. præd. d. L. cum fundus, com. præd.*, *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom.* Quod cum eo jure fiat, quo servitus prædiorum ipsorum est: necesse est id statui, non tantum si volente domino priore prædium alienatum erit: quo casu facile dici potest ut prædium, sic inhærentes servitutes voluntate domini recte transferri: sed etiam si ab invito domino prædium transierit ad alios, veluti si erit publicatum. *d. L. via*, §. *si fundus*. Ex quo est, quod placuit, si quis usuceperit fundum, cui servitus debebatur, videri etiam eum cum fundo servitutem usucepisse, atque hoc modo servitutes in universum cum prædiis usucapi posse. *L. si aliena*, §. *hoc jure*, *D. de usuc.* nempe ideo, quia servitus prædium ad alium translatum secuta est: et quia secuta per occasionem usucapti prædii, prope est, ut per eamdem caussam videatur ad novum dominum pervenisse, ac proinde cum prædio usucapta esse. Re autem vera nihil usucaptum est, nisi prædium. Tantum prædium suæ conditiones sequuntur, non tamen propter usucapionem, sed propter prædium, quia et sine usucapione futuræ essent eædem prædii conditiones. Quod si in singularibus successoribus recipimus: multo magis in heredibus et universi juris successoribus recipiendum est, ut scilicet mortuis dominis non finiantur morte servitutes, sed cum prædiis transeant ad omnes successores, ut omnia quæ personæ non cohærent. *L non. solum*, 2. §. *tale*, *D. de lib. leg.* Quippe prædii erat servitus, non defuncti. Mortuo autem domino nihilominus prædium manet. Unde intelligitur, durabiles esse has, atque adeo perpetuas servitutes; non, ut quæ sunt personæ temporales. Ideo proprie et vere solas esse servitutes, quæ efficiant, ut perpetuo res serviat. Ut non sit mirum si hæ specialiter et per excellentiam dicantur uno verbo servitutes, ut supra attigi. *L. 4. L. ut pomum*, *D. de servit. L. 5. L. 6. §. 1. de servit. rust. præd.* §. *ult. Inst. de usu. et hab.* Ex hoc jure prædiorum illud est, quod de uno ex sociis caussam communis servitutis agente traditur, si sententia secundum eum dicta sit, tamen sententiam dari prædio, non socio agenti. *L. liberto*, §. *ult. D. de neg. gest.* Neque hoc sine certo fructu. Hanc enim vim habet, ut victoria ejus prosit etiam aliis. *L. 4. §. si fundus*, *D. si ser. vind.* Idque ideo, quia si quid sententia datum est prædio, necesse est pariter ad omnes pertinere, qui in eo prædio dominium habent. Quod sane futurum non esset, si sententia dicta esset personæ: quoniam res inter alios judicatæ, aliis nec nocent, nec prosunt. *L. 2. C. quib. res jud. non noc.*

V. Sit ergo hoc constitutum in jure prædiorum, servitutem omnem prædii ita esse duorum prædiorum, ut quatenus uni servienti imposita est, eatenus id serviat ac servitus prædium sequatur; et rursum quatenus constituta est alterius caussa, eatenus ei debeatur, sitque ejus propria, quamobrem et ea alienatum itidem sequatur, et manenti usu ac judicio ab uno ex sociis retineatur. Solum hic videndum erit in utroque, quatenus servitus ad utrumque pertineat. Quæstio in eo est, in prædio quidem dominante, utrum servitus alicui prædio constituta, omnibus ejus partibus debeatur: an uni alicui parti, vel pluribus, et quibus. In prædio autem serviente, utrum alicui fundo imposita debeatur per omnes ejus partes, ut totus fundus serviat: an vero per unam aliquam certam, quo hæc sola serviat, cæteræ sint liberæ. Et de fundo, cui debetur servitus, ita traditur: quæcumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus deberi. Hinc locum fieri superiori juri, ut quanvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequatur, quanta ad eam partem pro portione opus est. Hoc in *L. via*, §. *ult. L. si partem*, *D. de servit. rust. præd.* Sumptum ex eo, quod aperte in servitute costituenda agitur. Quippe servitus prædii caussa constituta est. Non ergo unius alicujus partis, sed totius prædii.

VI. Non eadem caussa est prædii servientis. Hic interdum omnes partes serviunt sine exceptione et ab initio, et postea. Sed ut plurimum una pars tantum vel ab initio. Nonnunquam omnes quidem, sed ab initio dumtaxat, nondum electo loco, per quem dirigeretur servitus. Semel autem determinato loco contra. Atque hæc ita sunt, ut est constitutio servitutis. Hinc enim superior varietas nascitur. Interest igitur, utrum cer-

tus locus designatus sit servituti in fundo, an servitus generaliter per fundum constituta. Quod de fundo dico, de omni prædio intelligendum est.

VII. Si certus locus demonstratus est, per quem iretur, exempli gratia, ageretur, hic solum consistit servitus: cæteræ partes liberæ sunt. Nam hoc ita fieret, si in libera loci electione determinatus esset postea locus ab arbitro seu judice. *L. certo*, §. 1. *D. de servit. rust. præd.* Multo magis idem dicemus, si locus jam a principio designatus erit certo servitutis constitutione.

VIII. Quod si iter actusve generaliter constitutus erit, non demonstrato loco, per quem iretur, ageretur: refert, utrum nominatim ita constitutus sit, ut totus ager itineri aut actui serviret, an simpliciter. Si nominatim ut fundus serviret totus; expeditum est. Et hic ex conventione serviet totus, servitute ita diffusa, ut omnes glebæ serviant. Quod eo pertinet, ut cui servitus debetur, cum per unam partem ire, agere cœperit, liceat ei postea per aliam ire agere, et mutare quoties libet. *d. L. certo*, §. 1. *de serv. rust. præd.*

IX. Sin erit iter, actus, aquæductus per fundum constitutus simpliciter, (est autem simpliciter, ut explicatur in *L. si cui*, *D. de servit.* in infinito, id est, indefinite, ut ita dicatur, tibi jus est per fundum hunc meum ire, agere; nulla videlicet loci demonstratione adjecta, per quem eatur agatur: et rursum nulla nominatim conventione interposita, ut per totum libere uti servitute liceat) hic indefinitam constitutionem sic acceperunt veteres, et recte, ut ab initio quidem totus fundus serviret ad eligendam quamvis partem, per quam ei, cui servitus constituta est, ire agere liberet: nisi si quas partes excipi æquum esset, et sine actoris injuria. Semel autem electo et determinato loco, per quem servitus directa esset, non amplius jus esset mutandi, sed ibi servitus consisteret, cæteræ partes essent liberæ. Aut si quid hic etiam brevius placet et planius; hæc in summa distinctio est de partibus fundi servientibus, de quibus in proposito quæritur, ut ad electionem quidem ejus partis, per quam servitus dirigenda sit, omnes partes fundi serviant, nisi si quas hoc excipi æquitas suadeat. Ad usum autem servitutis nunquam amplius serviat, quam pars una et ea certa.

X. Id sensisse veteres, et recte sensisse ita facile constabit, si in singulis partibus superioris distinctionis reperientur consentire illorum sententiæ, et hæ ipsæ verbis constitutionis convenire. Difficilius utrumque, ut videtur, cum propter discrepantes ac velut dissentientes verbis illorum sententias, quæ in Pandectis in hoc argumento de hac re exstant; tum propter verba generalia constitutionis, quæ omnes partes fundi servituti subjicere videntur. Sed tamen utrumque ita esse, ut supra dixi, partes ipsæ ordine expositæ declarabunt.

XI. Principio cum iter, actusve simpliciter constituitur per fundum alicujus, id est, non destinata parte, per quam eatur, agatur; totum hic fundum servire ex Paulo scriptum est in *L. si mihi concesseris*, *D. de ser. rust. præd.* Idem expressit Celsus in *L. si cui*, *D. de servit.* qui in hac specie ait ei, cui simpliciter via per fundum cessa vel relicta est, per quamlibet ejus partem ire agere licere. Et hoc servitutis constitutio non solum patitur, sed etiam exigit. Est enim hæc oratio, *per fundum*, de toto. Cui convenit, ut omnes partes fundi contineantur. *L. in toto et pars*, *D. de reg. jur.* Sed sciamus omnem hanc servitutem partium omnium ab initio esse, et spectare tantum ad electionem unius partis ex omnibus, per quam in posterum ire agere liceat: non etiam ad usum liberum cujusvis partis, quoties una aliqua uti visum fuerit. Servit totus fundus ei, cui servitus simpliciter constituta est: sed ut possit, inquam ab initio eligere, quam velit partem, per quam eat agat. Cæterum parte aliqua semel determinata, et servitus in una ea parte consistit, et simul ea electio tollitur. Hoc ex Jaboleno diserte in *d. L. certo*, §. 1. illic, *at si iter.* et §. *ult. D. de ser. rust. præd.* Neque vere aliud sensit Celsus in *d. L. si cui. de servit.* qui cum absolute posuisset illud superius similiter ut Paulus, cum simpliciter via per fundum constituta est, per quamlibet fundi partem ire agere licere: id postea interpretatus ita temperavit: verum, inquit, consistit, ut qua primum viam direxisset, cui servitus cessa est, ea demum ire agere liceret. Prior ergo illa per omnes partes eundi facultas ad electionem unius partis fundi fuit ab initio, ad usum cujusque partis nunquam. Si quidem ante electionem certi loci nullus fuit servitutis usus. Post autem, quam actor uti cœpit, jam incipit ea pars, qua usus est, sola servire, cæteræ esse liberæ. Quam hoc recte placeat, tum scietur, cum intellexerimus, cur determinato semel loco mutare non liceat. De quo postea suo ordine.

XII. Nunc de electione ista libera, quæ initio sit, quærimus. De qua etiam adhuc hæc amplius cognoscenda sunt, cui hanc

dimus, et quas partes in ea; et quam recte excipiamus. Et hanc ei (2) dari, cui servitus constituta est, satis aperte significatur, cum dicitur ab initio totus fundus ei servire: item licere ei per quamlibet partem fundi ire agere. Neque enim totus fundus ei servit, aut per quamlibet partem ire agere potest, si est in potestate constituentis concedere, quam partem velit, et euntem agentem per alias partes impedire.

XIII. At videamus, ne cum superius dixerit ipse Paulus in *d. L. si mihi concesseris. de servit. rust. præd.* hoc idem neget in *L. si via. eod. tit.* ubi servitute si simpliciter per fundum legata, facultatem tribuit non legatario, per quam partem ire agere velit; sed nominatim heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem. Et essent plane hæc contraria, utpote aientia et negantia, si simpliciter Paulus tribueret istam electionem heredi. Sed tribuit sub conditione, si modo nulla captio legatario in servitute sit. Hæc conditio rem expedit, et eam ipsam electionem, quam veteres legatario tribuunt, confirmat. Ista enim conditione et ipse legatario tribuit hanc electionem, si qua ejus captio aliter futura sit: et si nulla sit ejus captio, denegat. At hoc ipsum sentiunt et veteres, cum dicunt legatario totum fundum servire; aut licere legatario, per quam velit partem, ire agere. Partes enim quasdam et ipsi excipiunt in hac electione: de quibus mox. Quibus exceptis, plane confirmatur et explicatur superior Pauli distinctio. Recte enim ita dicetur: Per eas partes, quæ exceptæ non sunt, ire agere potest legatarius, ut vult, vel auctore Paulo; quia cum per eas omnes fundus serviat, aperte captio sit, et injuria fiat legatario, si illi per eas servitutem petere non licebit. Per exceptas contra ire non poterit, quia per eas fundus non serviat. Sed ita, nisi malit heres et per eas partes illi servitutem constituere. Quod si vult, tum fit locus facultate illi, quam Paulus supra heredi tribuit, ut possit eligere, non in universum per quam partem velit constituere servitutem, sed specialiter per quam velit ex bis; vel ut per exceptas partes constituat arbitratu suo, vel ut non exceptas liberas relinquat legatario. Quod sentire Paulum conditio ab eo adjecta indicat. In istarum enim partium electione solum accidit, quod vult, ut nulla sit captio, nulla injuria legatarii. Ex hac incertitudine locorum, per quæ et qui acquirit servitutem, et qui constituit, ille sibi sumendi, hic constituendi sibi arrogat potestatem, incidere sæpe solet controversia in hac specie de loco, per quem servitutem constitui oporteat. Quod si eveniet, monetur in *d. L. certo. §. 1. de ser. rust. præd.* arbitrum dandum esse, qui viam determinare debeat. Quod dicitur

(2) Consentit Bron. 2. *Ass.* 6. quia si in potestate heredis vel concedentis esset eligere, totus fundus non serviret, Cæpolla *de Serv. urb. C.* 23. *n.* 3. distinguit, 1.° inter simplicem concessionem *d. L.* 9. et generalem, ubi etiam variationem post factam electionem permittit. Et *n.* 4. interesse putat an verba directa ad heredem, an ad legatarium, ut attendatur in cujus favorem adposita sint. Cujac. *in not. ad d. L.* 9. distinguit inter servitutem legatam per vindicationem, ubi electio datur ei cui relicta, et per damnationem ubi heredi. Quidam volunt electionem primo heredis esse *d. L.* 26. Si vero is nolit vel negligat eligere, legatarii. Coras. *ad L.* 9. *hoc tit. n.* 6. Quod displicet Charondæ. 1. *Verisim.* 5. quia in *d. l.* 9. nulla recusationis mentio. Ipse putat nihil interesse uter eligat, modo heres sine captione legatarii, *d. L.* 26. legatarius civiliter *d. L.* 9. id est, sine servientis detrimento. Superior *ad d. L.* 9. *n.* 4. neutrius esse electionem, sed ad arbitrium recurri, nec vel legatario tribui, nisi ut heredis, vel heredi nisi ut legatarii caussam agat. Sane solutio nostri ad *d. L.* 26. quam probat Bronc. *d. Ass.* 6. ictum, si quid mei judicii est, non perfert. Nam sic 1.° erit *d. L.* 26. de casu indubitabili 2.° de improbabili et rarius contingente. Quis enim facile ita supinus ut per medias segetes vel vineas usum viæ potius concessurus sit, quam per aliam fundi partem, qua legatario ire liberet. Nec ulla quoque in eo utilitas legatarii, cujus magis interest viam constitui per propinquiores et commodiores partes fundi, tametsi non sint ex locis exceptis. Quare haud scio an non rectius sentiant, qui electionem hic heredi tribuunt ex verisimilis testantis mente, qui minimum gravasse heredem censetur, et quia electio fieri debet minore servientis fundi detrimento, Vital. 2. *Var. Lect.* 10. (qui et hoc inde liquere scribit, quod etsi legatarius nequeat, dominus tamen variare possit si sine incommodo legatarii fiat *L.* 2. *§. pen. de relig.*) Pac. 3. Q. 52. Idque eo magis quod cum sine captione legatarii heres eligere debeat, et locum ejusmodi definire, quo nihilo deterior caussa servitutis reddatur, quam si legatarius eligeret, inde patefit rationi illi, quæ alias in legatis electionem dat legatario, vid. *Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 17. *etc.* hic locum non esse. Illic enim electio inter res diversas et disparis pretii, ubi sæpe interest unam habere præ altera. Quid vero ad *d. L.* 9 Resp. recte Pac. *d. loc.* non ibi definiri cujus sit electio, sed eo supposito, quo casu est electio legatarii (forte si a testatore nominatim concessa) qualis sit, per quam fundi partem.

non otiose, sed ut intelligatur, nihil hic certi lege definitum esse, ubi in hac controversia is locus, quis, et quantus esse debeat: ideo ad arbitri directoris officium esse confugiendum.

XIV. Venio ad ea loca, quæ in ista ipsa electione, quæ initio sit, excipi dicimus. Ergo cum servitute simpliciter per fundum cessa aut legata, dicimus ex verbis totum fundum servire, eoque et in eum, cui servitus constituta est, posse per quamlibet partem ire agere: placet tamen quædam loca excipi, per quæ ne ab initio quidem possit is viam eligere, cætera autem tantum eo nomine servire. Ea loca indicantur hæc in *L. sed quæ loca*, 22. *de ser. rust. præd.* ædificia, arbusta, vineæ. Ut proinde quæ serviant, sint ea, quæ sunt ædificiis, arboribus, vineis vacua. Paulo explicatius et certius Celsus de toto genere horum locorum complexus est in *d. L. si cui, de servit.* ea generali oratione posita, ex qua intelligeremus in universum, per quæ loca auctori ire agere liceret, per quæ non liceret. *Quædam*, inquit, *in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est; cum id æque commode per alteram partem facere possit, et minore servientis fundi detrimento.* Hæc ratio nos admonet duo esse tempora, quibus per quævis loca sine discrimine servitutem petenti ire agere liceat. Unum, si per omnia iri agi æque commodum sit fundo servienti. Alterum, si incommodum illi quidem, sed per omnia æque incommodum. Contra vero tunc isti exceptioni locum esse, cum omnia quidem loca sunt ea, per quæ actor æque commode ire agere potest: sed ex his quædam, per quæ potest minore incommodo servientis fundi: alia, per quæ non potest sine certo ejus fundi detrimento. Hæc vero posteriora excipi. Quo posito, non consistemus in ædificiis, arboribus, vineis; sed videbimus, quænam ista loca sint, quæ dicimus, quæ facile usus et experientia communis indicabit. Ac generaliter definiemus quæcumque hujus generis sunt, omnia excepta intelligi, ut sunt prata, horti, viridaria, loca ad voluptatem parata, et si quæ sunt similia.

XV. Sed cum hæc excipiantur contra generalitatem orationis, quæ servitutem sine exceptione per fundum constituit; conveniebat hujus exceptionis rationem reddi. Alioqui maneret hoc loco ea objectio, quam verba statuunt, ut quoniam constituitur servitus per fundum, in toto etiam omnes partes fundi contineri intelligantur. *L. in toto et pars, D. de reg. jur.* Similiter ut generali oratione placet contineri omnes species ejus generis. *L. si servitus, D. de servit. urb. præd. L. Mævius,* 66. §. *duorum, D. de leg.* 2. Et Celsus in *d. L. si cui, de servit.* huic ipsi objectioni tacitæ occurrens, non negat hæc loca fundi; quæcumque sint, contineri simplici oratione constitutæ servitutis: sed quædam in sermone tacite excipi ait; ex hoc autem genere esse superiora. Quæ cum excipi dicit, satis verbis contineri significat. Unde ergo exceptio, cum verbis nihil hic exceptum videamus? Continetur, inquit ille, servitutis constitutione, ut servitute per fundum simpliciter constituta per quamlibet partem ire agere liceat, sed ita, dum *modo civiliter*, seu dum *civili modo* (tot enim modis locus legitur) unde et illud tacite exceptum, ne inciviliter. Nostris civiliter quid fieri dicitur, quod fit ut bonos et honestos cives decet, id est, bono more, sine dolo malo, sine captione, non malitiose. Quod contra, inciviliter. *L. ult. §. pen. et ult. D. quod met. cau.* Quod in proposito accidit ei, qui per loca ista excepta ire contendit. Est enim manifestæ malitiæ, cum æque commode per aliqua loca ire possis minore fundi servientis incommodo, ea eligere, per quæ sine certo ejus detrimento ire agere non possis; scilicet non ut tibi prosis, sed ut adversario noceas. Quod ideo in hac caussa concedendum negat Celsus, id sentiens, quod ipse alibi apertius definivit, malitiis non esse indulgendum, ubi quid postules, ex quo nihil laturus sis, nisi ut officias. *L. in fundo, D. de rei vind.* Sed et hoc in sermone exceptum ait. Et cum verbis exceptum non sit, relinquitur, ut exceptum intelligatur legantis aut contrahentium sententia. Non enim plura sunt, ex quibus constet conventio, et omnis oratio. *L. jurisgentium, §. pactorum, D. de pact.* Et hæc sententia ex fine servitutis constitutæ non obscure colligitur. Quorsum enim servitus omnis? non utique ut vicinum quisquam servitute oneret, sed ut acquirat, quod sibi sit commodum. *L. quoties*, 1. *D. de servit.* Proinde contra mentem et propositum servitutem constituentium, ut quis in servitute sibi non prosit, alteri tantum noceat. Bene ergo, nec præter conventionem excepta superiora loca, ne per ea ire agere liceat, quamvis servitute simpliciter per fundum constituta. Cætera omnia ex verbis constitutionis serviunt: liceatque in his per quamlibet partem ire agere.

XVI. Sed hæc, inquam, ab initio ad electionem loci, per quem deinceps eatur

agatur. Semel autem determinato eo loco, placuit tertium, quod dixi, ut qua primum actor viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandæ ejus potestatem haberet. *d. L. si cui, de servit.* Denique ut ea servitus consisteret, cæteræ partes fundi liberæ essent. *d. L. certo. §. 1. de ser. rust. præd.* At hoc an non jam perspicue contra constitutionem, cum servitus simpliciter constituta sit per fundum, non per unam aliquam fundi partem? Immo ideo maxime secundum constitutionem, quia servitus licet per fundum constituta, una tamen constituta est, non plures. Essent autem plures, exempli gratia, plures viæ, si uno loco semel viæ electo, etiam per alium viam dirigere liceret. Sane hoc ita est, dicat aliquis, si quis præter eum locum, qua prius viam direxit, simul nova loca eidem servituti occupet. At propone eum qui cum aliquem locum prius elegisset, hoc repudiato, alium eligat. Non potest omnino hic dici plus una via eligere, quamvis priorem mutaverit. Finge ergo aliquem id facere. Quidni cessante priore ratione hoc illi facere ex ipsa constitutione concedatur? Denegandi hæc ratio est, quod non modo hic una servitus per unum tantum locum debita fuit; sed etiam ita debita, ut hæ, sic semel per unum locum directa, ibi consisteret, cæteras partes actor servitute liberaret. *d. L. certo. §. 1. de servit. rust. præd.* Quippe servitutem delatam per locum electum sibi quæsivit. Ea acquisitione jus omne servitutis constitutæ consumpsit. Quo consumpto nihil habet amplius, quod possit servitutem novam per alium locum petere. *L. apud. D. de opt. leg.*

XVII. Inventa ea parte, quæ serviat, supererit adhuc circa hanc partem hæc dubitatio, quantam eam esse oporteat. Quod sæpe dubium facit modo constitutio servitutis, modo latitudo ejus lege aliqua constituta. Ideo et de eo nonnihil dicendum est, ut efficiatur omni ex parte ea pars certa, quam servire volumus. Et refert, utrum servitutis certa species, puta via, actus, iter constituatur nullo certo demonstrato loco, per quem iretur, ageretur: an vero certo loco demonstrato.

XVIII. Si nulla loci demonstratione facta, servitus constituta est, latitudinem lege constitutam sequemur, si mox ulla lege (3) ea latitudo definita est. Ut viæ latitudo lege duodecim tabularum ita constituta est, ut sit octo pedum in porrectum, in anfractum autem, id est, ubi currus seu vehiculum flectitur, pedum sedecim. *L. via.* in pr. *D. de ser. rust. præd.* Finge ergo viam simpliciter constitutam: legitima hæc latitudo debebitur. Quod si servitutis nulla legitima latitudo est, ut accidit in actu et itinere; tanta latitudo esse debebit, quanta usui servitutis constitutæ convenire videbitur. De quo si erit controversia, de eo ab arbitro erit statuendum. Hoc in *L. certo. §. latitudo. D. de ser. rust. præd.*

XIX. Quod si demonstrato certo loco, per quem iretur, ageretur, via constituta erit: hic jam non spectabimus, quæ sit legitima latitudo servitutis appellatæ, sed quantus is locus, qui designatus est. Ut si quidem locus demonstratus latior sit legitima latitudine, totus serviat; sin angustior: non latius locus serviat, quam quatenus patet. Usque adeo, ut si is locus viam non recipiat, actus tantum constitutus intelligatur. Si ne actum quidem recipiat propter angustias, iter tantum intelligatur constitutum. *L. si tam angusti, D. de servit. L. via.* in pr. *D. de ser. rust. præd.* Nec quia constituta est, quæ per eum locum non reperitur, ideo constitutionem inutilem esse dixeris, ut alias solet, cum non reperitur in rerum natura res, quæ promissa est. *Inst. de inut. stip. in pr.* Ex superiore enim constitutione cum certi loci demonstratione conjuncta intelligimus placuisse, ut via esset, si per locum liceret: si non liceret, tantum concessum videretur, quantum potest. Neque id præter constitutionem servitutis. Nam cum via iter et actum in se contineat, *L. 1. D. de ser. rust. præd.* qui hanc constituit, cætera etiam superiora constituit: ut dicendum sit, si omnia conjunctim ex constitutione haberi non possint, attamen constitutionem (4) efficere, ut per se singula recte habeantur.

(3) *l. 8. R. P.* Cæpolla *de Serv. rust. C. 3. n. 4.* vid. Coras. *ad L. 1. de serv. n. 100. et seqq.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 11. *pag.* 113. Hotom. 2. *Obs.* 21. Ræv. *ad LL. 12. tabb. C.* 14.

(4) Ita et Duar. *ad. d. L.* 13. Ratio dubitandi videtur nec iter, aut actus deberi: arg. *L. 3. de reb. dub.* Ratio decidendi: loquitur *d. L.* 3. de rebus diversis: viæ autem iter ut minus majori inest *L.* 110. *pr. de R. J.* ubi P. Fab. *pag.* 483.

C A P. XIV.

Servitus prædiorum facta, quid a prædiis ad dominos prædiorum transferat: seu quid ea utendi domino concedat; quid in onere servientis prædii domino imponat.

I. Atque hoc jus est servitutis in prædiis; sic servitus prædia afficit, et his inhærens sic ad ea pertinet. Hæc deinde a prædiis transfertur ad personas, ut vel utatur is, cujus prædio debetur, vel hujus onus ferat is, cujus prædium servit. Quid hic servitus utenti domino concedat, quid in onere servientis prædii domino imponat, videamus: quibus in rebus jus personæ de servitute consistit.

II. Et quod jus servitutis domino ex servitute peti potest, id necesse est aut in proprietate loci servientis versari, aut in servitutis usu, aut in utroque. Sed proprietatem loci servitus non mutat. Per quem locum servitus constituta est, ejus loci corpus non est domini ejus, cui servitus debetur, sed manet ejus, cujus est prædium, quod servit. *L. 4. in pr. D. si serv. vind.* Idque servitutis ipsius constitutio facit. Non enim servitus res est corporalis, sed jus re corporali utendi, ut iter per fundum, non est fundus, aut pars fundi, sed jus per fundum eundi, ut est in *d. L. 4.* in pr. *D. si ser. vind.* Sic fit, ut omne servitutis jus, quod personæ tribuitur, sit in ejus usu: qui et servitutis unicus fructus est et commodum.

III. Hic usus duabus in rebus versatur; in servitute ipsa primo et principaliter, tum per accessionem in rebus extraneis quidem, sed ad usum servitutis pertinentibus.

IV. In servitute ipsa tantum juris est domino, quantum servitutis constitutio concedit. Quid autem hic concedat, ex unaquaque specie servitutis judicandum est. Cujusmodi species quæ essent, supra diximus propriis capitibus. Illa duo in universum hic videntur recte præcipi posse, quæ indicantur aliquorum locorum exemplis.

V. Unum, si quid generaliter cautum tributumve sit constitutione servitutis, ut est vis orationis generalis, ita omni speciei ejus generis tributum accipi debere. Ut servitute mihi constituta, ne luminibus meis officiatur, placet hoc contineri, non tantum ne officiatur luminibus, quæ nunc sunt, sed etiam quæ post tempus constitutionis esse cœperint, *L. si servitus, D. de ser. urb. præd.* Alterum, si constitutionis ambigua aut obscura oratio est; si quidem servitus emitur, semper id accipiendum, quod est contra venditorem. Quo referri oportet speciem *L. si arborem*, *§. ult. D. de servit. urb. præd.* sumptum ex definitione generali veterum, pactionem obscuram vel ambiguam, venditori, et el qui locavit, nocere. *L. veteribus, D. de pact.*

VI. Etiam extra servitutem tacite jura quædam accedunt, dum ad servitutis usum pertinent. In quo nimur hac definitione, quidquid est, sine quo servitute constituta recte uti non possimus, aut ipse usus sit

inutilis, id omne sequi tacite, et una cum servitute (1) concessum videri, scilicet quia aliter ne ipsa quidem servitus videatur concessa. Quod et in omnibus rebus concessis observatur. *L.* 2. *D. de jurisd.* Hujus generis res in servitute sunt tres; nova servitus ad usum et utilitatem constitutæ necessaria: refectio loci ad servitutem destinati; et locorum vicinorum ad hanc ipsam refectionem necessariorum usus.

VII. Quæcunque servitus ad usum principalis necessaria est, ea quoque semper concessa intelligitur. Ut haustu aquæ constituto, iter quoque ad hauriendum; sine quo ad fontem perveniri non potest. Ut autem non pervenias, nullus sit haustus. *L.* 3. §. 1. *D. de serv. rust. præd.* *L. Gaurus*, in fin. *de serv. urb. præd.* Sed et e converso si cui jus cessum sit adeundi ad fontem, placet inesse et haustum. *d. L.* 3. §. 1. non quia iter ad fontem esse non possit, etiam si quis fonte non utatur: sed quia nisi quis utatur fonte, iter sit inutile. Non est autem fontis usus, nisi in haustu aquæ, ubi non conceditur aquæductus. Sed quod dictum est haustu aquæ concesso etiam iter deberi, de haustu ex fonte privato intelligendum est. Diversum (2) est, si quis haustum cesserit ex flumine publico. Ut hic haustus frustra ceditur. ita nec iter ad flumen ex hac concessione deberi placet. *d. L.* 3. in fin. *de serv. rust. præd.* Ipsum haustum frustra cedi constat: quippe ex ea re, quæ non est privati juris. At cur non debeatur iter ad flumen, cum id futurum sit per fundum, id est, rem privati juris ejus, qui constituit? Quia hic non constituitur iter, sed haustus, ac propter haustum iter, ut ad haustum accedat. Quoties autem constituitur quid alterius rei principalis caussa, re principali non subsistente, placet nec accessionibus locum esse. *L. cum principalis, D. de reg. jur.* *L.* 2. *D. de pec. legat.* Idem dicemus, etsi non haustus cessus sit ex flumine publico, sed iter ad flumen, nominatim tamen hauriendi caussa. Nam et hic principalis caussa est in haustu. Quod si simpliciter cedatur iter ad flumen, recte ceditur, quia ceditur principaliter, et ceditur per fundum privatum: ut sit hic caussa principalis in itinere, quæ et per se recte consistat. Hoc in *d. L.* 3. in fin. *de serv. rust. præd.*

VIII. Refectio ita est, ut si loco, per quem nobis iter aut via constituta est, uti commode non possimus propter inæqualitatem aut humorem loci, nisi complanato aut strato loco, liceat fodiendo aut subruendo iter facere, id est, complanare, sternere. *L. si iter, D. de servit.* Sic et si ex superiore area mihi iter actusve concessus sit, unde ad domum meam non sit aditus ex plano: placet licere mihi gradus vel clivos in vicini area prope januam meam facere, dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris caussa demoliar. *L. servitutes*, §. 1. *D. de serv. urb. præd.*

IX. Refectione admissa consequens fuit, ut admitterentur et quæ ad refectionem sunt necessaria. Quod et placuit; cujusmodi sunt: ut ad vicina loca, quæ non serviunt, accedere liceat, res ad purgationem, et refectionem necessarias co convehere, ibique positas habere, item ibi consistere purgandi, reficiendi caussa: omnia, quatenus ad refectionem et servitutis usum sit necesse. Hæc in *L. refectionis*, tota, *D. com. præd.*

X. Nihilne ergo ultra quam ad servitutis usum necesse est, licet servitutis caussa facere? Immo licet, si modo ad servitutis commodiorem usum pertinens servienti fundo non noceat. Quale est, quod placet, ei, qui aquæductum habet, licere fistulam vel fictitem, vel cujuslibet generis in rivo ponere, quæ aquam latius exprimat; denique quod vellet, in rivo facere; dum ne domino prædii aquagium deterius faciat. *L. Quintus*, *D. de serv. rust. præd.* Item ut deprimat vel attollat rivum, per quem aqua ducitur *L. refectionis*, in fin. pr *D. com. præd.* Cæterum ut fundo servienti quis noceat, extra refectionem et servitutis usum necessarium, quem supra posuimus, ei qui servitutem petit, facere nihil licet. ne in suo quidem, ne-

(1) Sic jure aquæ ducendæ concesso, etiam rivi faciendi. Rivus enim iter aquæ. Aquæductus jus habendi rivi in prædio alieno, Cujac. 9. *ad Afric.* in *L.* 33. §. 1. *D. P.* vid. Bronch. 2. *Ass.* 4.

(2) Nam ex flumine privato haustus cedi potest: quomodo accipienda *L.* 2. *comm. præd.* Cujac. 3. *Obs.* 28 Bronch. 2. *Ass.* 4. licet Donellus noster accipiat de flumine publico, *supra C.* 3. *N.* 3. Vital. 2. *Var. Lect.* 9. *n.* 1. Qui haustum, ait, ex flumine publico cedit, ideo nihil agit, quia id unicuique ipso jure competit. Subjicit nec iter aut viam concessam censeri, quia ad publicum flumen publicus aditus, ideoque non esse antecedens necessarium iter privatum ad flumen publicum. Vitiosa ratio. Sic enim nec simpliciter iter concedi posset. Et potest esse compendiosior via ad flumen per fundum vicini quam publicus ille aditus. Recte autem noster.

dum in fundo serviente. Atque hic locum habet, quod definit Paulus in *L. servitutes*, §. *pen. D. de serv. urb. præd.* omnino meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse; nisi aliquid nominatim in imponenda servitute immutatum fuerit. Et inter alia hoc exemplo utitur. Stillicidium, inquit, quoquo modo acquisitum sit, altius tollere dominus in suo potest: levior enim fit eo facto servitus; cum quod ex alto cadit, lenius et interdum nec perveniat ad locum servientem. Inferius demittere non potest; quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen.

XI. Sane servitus naturaliter, non manu facto lædere potest fundum servientem: ut si imbri crescat aqua in rivo, aut ex agris in eum confluat, aut aquæ fons secundum rivum, vel in eo ipso inventus postea fuerit. Hoc in *L. si mihi eodem*, 20. §. 1. *de serv. rust. præd.* Sed etsi quod fit in servitute, nihil admodum servienti fundo noceat; si tamen ad servitutis usum non pertinet, ut quia conceditur alii, id facere non permittitur. Et ideo placet non licere mihi ex meo aquæductu vicino commodare. *L. ex meo, D. de serv. rust. præd.* Usque adeo, ut quamvis per plurium prædia aquam ducam quoquo modo imposita servitute: tamen non possim eorum cuiquam (3) haustum ex rivo cedere. *L. cum essent*, §. 1. *D. eod.* Merito, cum ne in meam quidem partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possim. Proculi ratio in *d. L. ex meo*, sumpta ex natura servitutis prædii; quæ prædio, cui acquisita est, ita cohæret, ut intra ejus usum consistat: ac si producatur longius, non sit prædii servitus *L.* 5. *L.* 6. *D. eod.* Plane si in imponenda servitute aut postea convenerit, ut ex rivo mihi concedere liceret vicinis, per quorum prædia aquam duco, recte his concedam; non ut debeatur his (4) servitus aquæducendæ, aut hauriendæ, cum neque ipsorum prædia ipsa sibi servire possint, neque ego servitutis servitutem constituere: *L.* 1. *D. de usufr. leg.* sed ut in ea cessione is, qui cessit, exceptione pacti defendatur, ne videatur contra impositam servitutem facere. Hæc sententia *d. L. cum essent*, §. *ult. de serv. rust. præd.*

XII. Ex hoc jure ejus, cui debetur servitus, sua sponte intelligitur, quid ea servientis prædii domino imponat, seu quid ei de jure rei suæ adimat. Quantum est enim, quod in prædio serviente tribuitur alii, tantum necesse est adimi domino prædii. Idque est, quod dicitur, servitutem imponi, cum quis jus suum deminuit, alterius auxit. *L. de pupillo*, §. *et belle. D. de op. no. nunt.* Nempe ergo hoc imponit domino servientis prædii, ut vicinum servitute utentem cogatur pati, aut eo nomine quid non facere, prout erit conditio servitutis *L. quoties.* 1. §. 1. *D. de servit.* In universum autem, ne quid faciat in suo contra impositam servitutem; seu ne quid, quo servitus impediatur; quod ex unoquoque genere servitutis æstimandum est. *L. inter. L. si arborem, L. servitutes*, §. *si servitus*. §. *ultim. D. de serv. urb. præd. L. certo.* §. 1. *de servit. rustic. præd.* Non dubium autem, quin ex hac ratione dictum sit, per quem locum viam alii cessero, per eumdem me alii aquæductum cedere non posse: et contra si aquæductum alii concessero, alii iter per eumdem locum vendere vel alias cedere me non posse, *L. per quem, D. de serv. rust. præd.* nam et aquæductu iter, et rursum itinere aquæductus per eumdem locum impeditur.

(3) Adde quod nec possit haustus concedi alicui ex dominis prædiorum neque alteri. Quia si cedis domino tum fiet ut prædium, quod tuo fundo servitutem aquæductus debet, ipsum sibi serviret ad haustum aquæ, cum in eodem fundo aqua ducatur ac hauriatur. Si vero cedis alii, quam domino, etiam ratio illa obsistit, quod servitutis conditionem, efficis deteriorem, A. Fab. 5. *Conject.* 11. Male itaque Hotom. 8. *Obs.* 14. vocula *meam* ex *d. l.* 24. ejecta, et pro, *contra*, *contrahit*, reposito: Proculum Labeonis sententiam, non reprobare, sed restringere. Quasi velit tum non licere commodare, si aqua fundum servientem nondum egressa. Licere autem postquam prædium dominans ingressa.

(4) Non ut si servitus prædialis aut personalis, quia qualitas qualitatis, accidens accidentis non est, sed obligatio personalis, quæ pertineat etiam ad heredes contrahentium. Quod idem obtinet si domino prædii id concessum. Nam sine conventione dominus prædii servientis haurire aquam ex rivo vel adpellere ad eum pecus non potest *L.* 2. *de rivis.* Quod si convenerit, non jure servitutis habet, quæ rei suæ nulla, sed conventionis, ita Cujac. 9. *ad Afric. ad d. L.* 33. §. 1. Male itaque Balduin. *ad* §. 21. *l. de legat.*, n. 3. et 4. servitutem quidem personalem, quæ temporalis, non posse constitui servitutis realis, quæ continua et perpetua. Nihil autem impedire quo minus sit personalis servitus servitutis personalis et realis servitus servitutis realis *d. L.* 33. §. 1. et *L.* 2. *de rivis.*

CAP. XV.

De confessoria actione servitutis persequendæ caussa. Quæ, et Qualis actio, et Cur ita dicta. Cui competat; Adversus quos; Quid petat, quod et actor consequi debeat officio judicis, cum de servitute ipsa, tum de fructibus.

Nexus, et ordo. I.
Servitutis, omnisque ex illa juris tuendi caussa confessoria et negatoria actio instituta. Quid utraque, et unde appellata. II.
Utroque actio in rem, et de re nostra, et quomodo. III.
Utraque prædii domino competit. IV.
Ideo nec fructuario, et quatenus. V.
Contrariis occurritur. VI.
Prædii domino competit in omni genere servitutis, seu directa seu utilis; et quare. VII.
Cuique, etiam domino rei communis. VIII.
Item sive non possidenti sive possidenti et quare. IX.
Competit adversus dominum prædii et præterea adversus quemcumque qui servitutis usum quocumque modo prohibeat. X.
Duplex hujus actionis seu finis, seu petitio; ut et Judicis officium. XI.
1. *Ut servitutis constitutæ, declarationem præeuntem ejusdem sive restitutio sive præstotio coutioni juncta sequatur.* XII.
Quomodo præstetur servitus. XIII.
Cautio quam viam habeat, aut cujus rei gratia introducta. XIV.
Quid peculiare habeat in servitute oneris ferendi coutio. Et quod huic et reliquis adjunctum Judicis officium. XV.
2. *Ut fructus etiam, et omne quod interest, præstetur.* XVI.
Petitionem servitutis instituit sive solus dominus, sive ex pluribus dominis unus: quom et sequitur condemnatio sive solius domini, sive unius ex pluribus. Qui petitionis a condemnatione sive differentiæ sive convenientiæ modus. XVII.
Contrariis occurritur. XVIII.

I. Postquam ita jus est de servitute, ut quæsita nostra fiat, ea autem non constituta maneat integra libertas rei nostræ, et utriusque ea jura sint, quæ diximus: curandum fuit hic quoque, ut eadem tueri liceret et conservare. Quod et factum est: qui proximus locus est, et conjunctus superiori, de quo dicatur.

II. Conservantur ista actionibus. Actiones de his propriæ duæ, Confessoria et Negatoria, similiter ut de usufructu. Confessoria ei qui servitutem sibi competere confitetur, et contendit: negatoria domino qui negat. Unde utrique nomen. *L.* 2. in princ. *D. si serv. vind.* Ex re igitur nomen, non ex conceptione verborum. Quisquis re servitutem suam esse intendit, confessoria utitur, etsi maxime oratio verbis negativa est: et quisquis negat, utitur negatoria, ut maxime verbis affirmativis utatur. Ac potest confessoria verbis negativis concipi, et negatoria affirmativis. Exemplo est servitus ne luminibus officiatur. Quæ si mihi debetur recte intendo jus vicino non esse ædes suas altius tollere, ne luminibus meis officiat, Intentione aperte negativa, quæ tamen actionem confessoriam habet. Et contra si hanc servitutem vicinus non debet, recte intendet sibi jus esse altius ædes suas tollere, ut sit negatoria actio ob servitutem negatam, quæ tamen verbis affirmativis concepta est. Utrumque in *L.* 4. §. *competit, D. si serv. vind.* Cur de servitute placeat esse etiam negatoriam actionem, cum in controversiis rerum corporalium hæc non sit prodita, dixi supra in usufructu.

III. Hæ quibus, Adversus quos, Quid petant, quemque exitum habeant ad ea obtinenda, quæ quærimus, breviter videamus. Quod totum ex genere actionis æstimandum est. Actiones in rem sunt, non in personam. *L.* 2. in pr. *D. si ser. vind.* §. *æquæ, Inst. de act.* utpote de re nostra ambæ. Confessoria de servitute, quam nostram esse intendimus: negatoria de libertate rei nostræ. Nam et hæc vi ipsa libertatem rei nostræ persequitur, et asserit. Quod dum consequitur servitutem alienam a se removendo, idcirco et de servitute, et negatoria dicitur. Cæterum exitu et de re nostra est, idest, de libertate rei nostræ, idque ita fit, quod qui ædes suas exempli gratia servitutem debere negat, re ipsa hoc intendit ædes suas esse liberas. Eaque etiam hujus actionis intentio est. *d. L.* 4. §. *competit, si serv. vind.* Recte igitur in rem, ut suntomnes, quibus rem nostram petimus *L. actionem, D. de obl. et act.* Unde et vindicationis nomen in hoc genere,

ut in *Titulo, Si servitus vindicetur*, quod nomen proprium est actionem in rem. *d. L. actionum*, §. *appellamus, Inst. de act.*

IV. Hinc sequuntur cætera, quæ de harum persecutione et exitu quærimus. Competit ergo confessoria, ut dixi, ei, qui servitutem sibi competere, id est, suam esse, intendit. *d. L. 2. si serv. vind.* Non competit servitus prædii, nisi domino prædii, cui prædio servitus debetur. Meminisse enim debemus servitutem prædii esse. Hanc prædio acquiri primnm et deberi: post deinde per prædium transferri ad personas dominorum, nt proxime diximus. Eo fieri, nt hac uti aut eam vindicare possit, qui sit prædii dominus. Bene igitur dictum, confessoriam actionem nulli alii competere, quam (1) prædii domino *d. L. 2.* §. *1. L. 1. si serv. vind.*

V. Cui consequens est hanc actionem non competere fructuario. Hine enim non est prædii dominus. *L. recte, D. de verb. sign.* Idque usque eo verum est, ut neque competat ei de servitute, quæ prædio ipsi debetur, neque de servitute, quæ proprie ei (2) conceditur fruendi caussa, puta itineris, sine quo ad fundnm fructuarium accedere non potest. Quod tamen non eo pertinet, quin fructnarius utraque servitnte uti, et utramque petere possit, sed eo dumtaxat ut possit tantnm ntriusque nomine usumfructnm suum vindicare; per cujus intentionem etiam consequetur servitutis usum, sine quo uti frui prædio non potest; non autem ut possit principaliter vindicare servitutem, qui prædii dominus non est. De quo nunc agitur. Hæc sententia *L. 2.* §. *recte, D. si serv. vind. L. 1.* §. *1. D. si usufr. pet.*

VI. Videbatur obstare huic sententiæ, quod interdictum de itinere actuque privato etiam fructuario competit. Cur non ergo etiam confessoria de eodem itinere actuque privato? Ulpianus huic obiectioni occurrens in *d. L. 2.* §. *ult. si serv. vind.* de sententia Pomponii ostendit mirum aut contrarium videri non debere, si alterum datur fructuario, hæc illi non datur. Alibi enim, inquit, de jure, id est, in confessoria actione; alibi de facto, ut in hoc interdicto, quæritur. Sententia est: quia in confessoria actione, qui agit, de jure agit, id est, de servitute ipsa, quam suam esse intendit. In interdicto, qui agit, solum hoc intendit se itinere actuque (3) usum, quod est in facto.

VII. Servitutem suam esse intendere nemo potest, nisi qui prædii dominus est. At potest quivis servitute uti, etiam qui prædii non est dominus. Hoc enim factum in omnes cadit. Sed nt confessoria actio non datur nisi de servitute; ita sciendum est eam domino vindicanti de omni servitute competere. Quo spectant *L. 4.* in pr. §. *si fundus*, in fin. §. *ultim. L. etsi*, §. *etiam, D. si serv. vind.* Etsi de quibusdam est directa confessoria: de quibusdam utilis dumtaxat. Illa de cæteris, quæ a domino recte constitutæ sunt: hæc de servitute, quæ longo tempore quæsita est. *L. si quis diuturno*, in pr. *D. eod.* Quamquam et in rusticis servitutibus dubitatum est, num jure valerent cæteræ, quæ sunt præter illas quatuor, iter, actum, viam, et aquæductum. Et fortasse eodem exemplo quis dixerit et cæteras valere. Quod si non obtinctur, ac certe earum traditio et patientia inducet officium prætoris, ut est in *L. 1.* in fin. *de ser. rust. præd.* id est, valebunt saltem jure prætorio, ut ei de his sit confessoria utilis.

VIII. Præterea ut confessoria non datur alii, quam domino: ita datur omnibus, qui sunt domini, non solum si sint domini in solidum; sed etiam si pro parte: ut fit in re communi, in qua unusquisque sociorum servitutem prædio communi debitam vindicare potest etiam in solidum; quoniam ea res divisionem non recipit. *L. 4.* §. *si fundus, D. si serv. vind.*

IX. Domino competit hæc actio citra controversiam, si servitutem non possideat exemplo rerum corporalium. Huc enim maxime pertinet actio, ut servitus restituatur. Tunc autem præcipue restituenda est, cum ab actore non possidetur. Sed nihilominus ut in usufructu; ita hic quoque de servitutibus prædiorum confessoria competit etiam servitutem possidenti, ut idem sit juris, id est servitutis petitor et possessor. Hoc in

(1) Utilis tamen servitutis petitio datur et quasi domino ut emphyteutæ, superficiario *L. 1.* §. *ult. de superfic.* creditori *L. 16. de serv.* vid. Cisner. *ad L 15. de op. no. nunc. pag.* 10. *et seq.* Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 5. et *seq.*

(2) Videtur hic noster sentire quod aditus ille ad rem fructuarium, de quo vid. *Lib.* 10. *C* 7. *N.* 6. sit servitus, quod tamen diserte negat *d. L.* 1. §. 2. Servitus enim servitutis non est. Ut cum prædium non habeat fructuarius: neque servitus prædii illi deberi potest *L.* 1. *comm. præd.* Vital. 2. *Var. Lect.* 8. *n.* 3 Objic. *L. un.* §. 4. *de remiss.* Resp. vid. *supr. Lib.* 10. *C.* 11. *n.* 10. *Not.* 3.

(3) Usus servitutis personæ cohæret, servitus vero ipsa prædio, Hotom. *Ill. Q.* 41. *pag.* 381.

L. etsi, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur. D. si serv. vind.* quibus in locis quomodo quis sit in possessione servitutis, aut non sit, exemplis declaratur. Jus ideo maxime notandum in servitutibus omnibus, quia in actionibus in rem de rebus corporalibus nunquam actio ultro possessori datur. *L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* §. *æque Inst. de act.* Differentiæ ratio est, ut et in usufructu attigimus, quod in re corporali, quam tenere volumus, si quis eam tenet, ei sufficit. *d L.* 1. §. *pen. D. uti possid.* habet enim quod vult, nec desinet tenere, si vult, nisi quis eam vi auferat. In servitutibus contra accidit. Nam cum servitus omnis sit in prædio, alieno, in quo dominus possit quidvis facere, cum vult, nobis ignorantibus et invitis, nunquam satis videmur rem tenere, si servitutis nobis debitæ nobis controversiam, faciat, aut ejus usum impediat.

X. Competit hæc actio adversus eos, adversus quos esse solet in rem actio. Hæc autem datur adversus eos, qui rem nostram possident tenent, et habent restituendi facultatem. *L. actionum*, *D. de obl. et act. L. officium*, *D. de rei vind.* Atque id facit in servitute, qui liberum usum servitutis prohibendo hanc veluti nobis detinet, dum facit, ne ejus velut possessione uti liceat. Hinc confessoria actio adversus dominum quidem prædii, si quid is contra servitutem facit: *L. etsi*, §. *etiam*, in fin. *D. si serv. vind* sed non adversus hunc solum; verum generaliter adversus (4) omnem, qui nos servitute prohibet, sive servitutis controversiam faciat, sive non faciat. Nec interest, (5) quomodo prohibeat, utrum manu vel aditum ad iter, vel refectionem prohibendo; an opere aliquo, puta in itinere aliquid ædificando, aut immissum habendo, aut aliu modo. *L. si quis diuturno*, §. *ult. L.* 4. §. *si fundus*, vers. *si quis mihi. L. si eo loco, D. si serv. vind.*

XI. Finis hujus actionis seu petitio et intentio idem continet, quod et officio judicis præstandum est. In quo est exitus hujus actionis. Quare et ex officio judicis, sicubi de eo legimus, qualis intentio esse debeat; et vice mutua ex intentione, quid sit in officio judicis, intelligemus. Petitio hujus actionis duas habet partes; unam de servitute; alteram de servitutis interpellatæ fructibus.

XII. De servitute item duo, quibus ad servitutis usum liberum pervenitur; declarationem servitutis constitutæ, et hujus restitutionem. Petimus enim primum, ut servitus declaretur nostra esse, seu prædio nostro deberi, ut intendimus; sic deinde ut nobis restituatur. Utramque eadem de caussa in officio judicis. Primum ut sententia sua non servitutem constituat, quæ si recte petitur, jam ante constituta est; sed ut quæ sit, declaret. *L. sicut*, §. *sed si quæritur, D. si serv. vind.* idque ad exemplum vindicationis rerum corporalium, de quo in L. *et ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind.* Secundum, ut jubeat judex servitutem recte restitui. Quod duabus rebus continetur: ut jubeat servitutem præstari, aut cautionem. Sic enim ista leguntur disjunctim in *L. horum, D. si serv. vind.* Sed disjuncta hic accipi debent pro conjunctis, ut alibi sæpe in usu juris, cum res et mens loquentis id postulat. *L. sæpe D. de verb. sign.* Hic quidem non potest aliter, quia, ut ex eodem loco apparet, utrumque præstandum est, et servitus et cautio. Sequitur enim in extremo, reum condemnari, si neque rem præstet, neque cautionem.

XIII. Servitus præstari intelligitur, cum

(4) At obstare creditur *d.* §. 3. *L.* 6. *hoc tit.* Vitsl. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 5. *et* 6. valde eam §. torsisse ingenia interpretum scribit. Ipse etiam se torquet nec expedit. Cisner. *in interpret. L.* 15. *de op. no. nunc.* speciale esse in actione de servitutibus oneris ferendi ut detur contra solum dominum. Quis ea, inquit, petitur non tantum ut onera ferat adversarius, sed et ut parietem vel columnam reficiat *d L.* 6. §. 2 Quæ reficiendi facultas soli domino *L.* 33. *V. P.* Quare singulariter hic constitutum ad alias servitutes non est trahendum. Sed cum resistant verba extrema *d.* §. 3. *sicuti cæterarum etc.* ea referenda vult non ad totam orationem, sed ad priora tantum verba, *non alii quam domino.* Sed nihil hic speciale, nec clausula postrema, sine manifesta vi, sic accipi potest. Eccur bonæ fidei, filiusve possessor ædium servientium non minus cogetur reficere parietes, quam dominus. Quasi vero soli domino sit jus reficiendi, etiam alio possidente, nec possit nullus reficere qui de dominio rei, quam teneret, non est certus. Immo nonne et prædo in refectione necessarias impensas facit. Certe, *d. L.* 33. nihil omnino ad rem facit. Crucem denique sibi ipsis hic DD. sine ulla necessitate fixerunt. Neque enim dum actio competere adversus dominum affirmatur, contra alium dari negatur. Immo verba *non alii* ad illa *adversus dominum* trahi non possunt, ratione sermonis nec ferente. Difficultas ea esset, quam fingunt DD. si hæc verba haberentur: et *non adversus alium quam dominum.* Nunc nulla est, nec levissima.

(5) Item si quid nondum impedit metuitur ne impediat, Duar *ad L.* 15. *de op. nunc. per eam. L.* Sed si reus dicat se non impediturum non cogi suscipere judicium arg. *L. ult. de R. V.*

præstat adversarius servitutis usum liberum, idest, cum desinit impedire usum, ut prius; et si quid posuit, aut positum habuit ad impediendam servitutem, ut tollat, et rem in pristinum statum restituat. *L. si eo loco, D. si serv. vind.*

XIV. Cautio hoc continet, ut caveat adversarius neque se, neque successores suos in posterum prohibituros, quominus actor servitute utatur, et quicumque futuri sunt prædii domini. Ejusmodi cautio nulla in rerum corporalium vindicatione ad rei petitæ restitutionem: quia in his res corpore restituta plene restituitur. In servitutibus nulla res est, quæ naturaliter possit restitui. Tantum restitutio in eo est, ut qui impediebat nos servitute uti, amplius non impediat. At qui hodie non impedit, nihil præstat, quod sit mansurum. Potest enim, cras impedire, ne servitute utamur. Idcirco, ad plenam restitutionem adversus periculum futuri temporis subsidio comparata est hæc cautio, cujus metu prohibetur adversarius, et ii, ad quos ea res pertinet, ne quid tentent in posterum. Aut si quid contra faciant, ut statim teneantur in id, quod actoris interest, quod pro justa restitutione cedit.

XV. Sed et petitio et restitutio servitutis, quam dixi, cæteris servitutibus omnibus convenit. Una servitus oneris ferendi hoc plus habet, quam cæteræ, quod in hac non solum id agitur, ut vicinus onera nostra ferat, id est, ne quid faciat, quominus tigna nostra in parietem ejus immittamus; sed hoc amplius, ut parietem ipsum reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. *L. etsi, §. etiam, D. si servit. vind.* Cui petitioni necesse est et jussum judicis de re ac cautione superiore præstanda convenire. Ideo et in hac actione res ipsa præstari jussa hæc est, ut jubeat adversarium judex non solum non impedire tignorum immissionem, sed etiam emendare vitium parietis, et idoneum præstare. Cautio autem hæc, ut cum jubeat non solum de non impedienda servitute, sed etiam de reficiendo pariete cavere. *d. L. harum, si serv. vind.* Hæc præstari prius arbitratur et jubet judex præfinito tempore, intra quod reus arbitrio ejus pareat. Tum deinde sequitur sententia judicis. Qua reus, si paret, absolvitur. Si non paret, fit condemnatio actionum in rem propria, ut damnetur reus, quanti actor in litem juraverit. *d. L. harum*, in fin. Sententia generalis in omnibus in rem actionibus adversus eos, qui jussi restituere, dolo malo fecerunt, quominus parerent. *L. qui restituere*, in princ. et fin. *D. de rei vind. L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pign.*

XVI. De fructibus servitutis aut sua etiam petitio est, aut petitione ipsa servitutis tacite continetur. Certe in confessoriam actionem, quæ de servitute movetur, etiam fructus venire certum est, ut et de his judex pronuntiare debeat. Est autem fructus servitutis id, quod interest agentis servitute prohibitum non fuisse; seu commodum omne quod consecuturus esset, si prohibitus non esset: quo quia prohibitus est uti, caruit. *L. 4. §. 1. L. etsi, §. ultim. D. si servit. vind.* puta, si quis quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus aliquid detrimenti cepisset. Veluti, si prata, arboresve exaruissent. *L. is cujus*, in fin. *eod. tit.*

XVII. Eadem petitio et condemnatio est, non tantum si unus dominus sit prædii, cui debetur servitus, sed etiam si ex pluribus dominis fundi communis unus servitutem vindicet. Solum hoc interest, quod si uno agente condemnatio erit in æstimationem ob rem non præstitam, aut cautionem, aut fructus: solum in æstimationem id quod interest veniet: proinde id quod ejus interest, qui experietur, non sociorum, tametsi de jure ipso singuli experiantur, et victoria ejus prosit aliis. *L. 4. §. si fundus, D. si servit. vind.* Ipsa enim servitus ejusque restitutio divisionem non recipit; at recipit pecunia, quæ in eo, quod interest, versatur. *L. stipulationes non dividuntur, D. de verb. obligat.* Non idem probandum est, si duorum fundus sit, qui servit. Hoc convenit, quod unusquisque ex iis, quibus servitus debetur, in solidum agit: ita et adversus unumquemque agi potest, prout is nos uti prohibebit. Nihil enim refert, qui nos impediat, ut ante diximus. *L. si quis diuturno*, in fin. *D. si serv. vind.* Congruit hoc quoque, ut quemadmodum unus ex pluribus in solidum experitur de servitute, et uni ei solida servitus restituenda est: et unus ex pluribus dominis fundi servientis solidam servitutem debeat restituere. *d. L. 4. §. si fundus, eod. tit.* Hoc discrepat, quod si unus ex pluribus condemnetur ob servitutem non restitutam, etiam hic in solidam æstimationem damnabitur ejus, quanti interest actoris, non pro parte sua. *L. 2. §. ex his*, illic, *sed quo casu, D. de verbor. obligat.*

XVIII. Nec dubium, quin hoc ipsum Ulpianus sentiat in *d. L. 4. §. si fundus*, qui unum dominorum prædii servientis, ab uno ex pluribus, qui servitutem vindicet, in hac ipsa æstimationis condemnatione distinguit. Merito; quia, ut *ibidem* scribit, in æ-

stimationem hanc venit id, quod actoris interest. Interest autem in solidum ejus, etiam si ab uno tantum prohibeatur. Aliter in servitute oneris ferendi, si adversus unum dominum servientium ædium agatur, ut onera sustineat, id est, ut parietem reficiat. Si non reficit, non condemnatur nisi pro parte sua. *L. etsi* §. *si ædes. D. si serv. vind.* Hoc ideo, quia hic reus non de servitute re indivisa præstanda, sed de facto suo convenitur. Quo in genere, non factum, sed pecuniam præstari oportet. Hæc autem divisionem recipit, ut declaratur in *L. stipulationes non* vers. *Celsus, D. de verb. obl.* ubi et de toto hoc genere scripsi pluribus.

CAP. XVI.

De negatoria actione. Quæ et Qualis actio, et Cur ita dicta. Cui competat; Adversus quos; Quid petat, et obtineat officio judicis. Tum de aliis remediis quibusdam partim servitutis, partim libertatis rerum nostrarum tuendæ caussa proditis

Negatoria actio quæ. I.
Prædii domino competit et quidem soli. II.
Sive possidenti sive non possidenti. III.
Adversus eum qui prædii nostri libertatem inquietat. Et hic qualis. IV. XI.
Et quæ alia adversus eamdem statuta remedia. X. XII.
Petitionem habet. 1. *Ut declaratio libertatis prædii antecedat, eamque restitutio libertatis, et cautionis præstatio sequatur.* V. VI.
Cujusmodi cautio, et quale ei adjunctum judicis officium. VII.
2. *Ut fructuum, et ejus quod interest condemnatio præstetur.* VIII.
Exsecutio hujus actionis adversus libertatis perturbatores, si copiam sui non faciant, est missio in possessionem bonorum; et hæc quatenus. IX.

I. Negatoria (1) actio et ipsa in rem actio est, *d. L.* 2. *si serv. vind.* de servitute quidem, quatenus eam debere nos negemus, unde negatoria Ite autem vera de re nostra, id est, libertate, quam hac actione nobis asseramus. Ex quo et in rem, ut initio dixi.

II. Competit ergo hæc actio omnibus, qui prædium suum servitutem debere negant: et quod idem est, qui prædium suum intendunt esse liberum. *L.* 4. §. *competit. D. si serv. vind.* Et quoniam nemo hoc intendere potest, nisi prædii dominus; ideo et hæc recte dicitur soli domino competere, sicut et confessoria. *d. L.* 2. §. 1. *eod.* Ex quo et illud recte in eamdem sententiam, actiones de servitutibus omnibus prædiorum esse eorum quorum sunt praedia. *L.* 1. *eod.*

III. Hæc eadem et (2) possessori libertatis competit, ac non tantum ei, qui non est in possessione libertatis. Hoc de negatoria actione in usufructu scriptum est in *L. pen.* §. *ult. D. si ususfr. pet.* Quapropter et ad negatoriam de servitutibus prædiorum transferendum est. Nam hæ comparatæ sunt ad exemplum earum quæ ad usumfructum pertinent. *L.* 2. in pr. *D. si ser. vind.*

IV. Competit negatoria ut actio in rem adversus omnem, qui libertatem prædii in quietando velut detinet. Is autem est, quisquis in nostro nobis invitis aliquid facit: quisquis in nostrum quid immittit, aut immissum habet: quibus rebus libertas rei nostræ impeditur, et re onerata velut servitus imponitur. Quam nos debere negando recte hanc omnem patiendi necessitatem a nobis removemus. Definitio multis exemplis comprobata, quæ huc referri debent. *L. sicut.* §. *Aristo.* et quatuor. *LL. seq. L. si quando,* in princ. et §. *ult. D. si servit. vind.*

(1) Quæ contraria *L.* 8. *pr. h. t.* quia uti vindicatur servitus, ita contra vice versa libertas. Duar. *ad L.* 15. *de op. no. nunc.* melius quam Cisn. *in interpret. d. L.* 15. quia ex contrario detur confessoria, sicuti contraria actio, quæ opponitur directæ. Nam dissimilitudo inter hæc: Illa datur contra eum qui agit vel agere potuit directa ex contractu. Hæc non est contra eum, qui agere potuit confessoria, sed cui servitutis jus non est.

(2) In controversiis servitutum reus non æstimatur ex possessione, sicuti in controversiis rerum corporalium, sed ex ratione conveniendi, Cujac. 9. *ad Afr. in L.* 15. *de op. no. nunc.* Expedit autem quandoque agere possidenti, priusquam adversarius agat confessoria, si vereatur ne eum cœperit ex g. ædificare, novum opus sibi nuncietur et opus interruptum maneat, Duar. *ad L.* 15. vid. et P. Greg. 4. *Synt.* 22.

V. Petitio hujus actionis eadem de libertate prædii nostri, quæ in confessoria actione de servitute. Continet igitur et ipsa duo capita: unum de libertate rei nostræ, alterum de libertatis fructibus. De libertate duplex similiter petitio, ac res totidem, quæ ex hac actione versantur in officio judicis. Primum petit actor, ut declarentur ædes suæ, exempli gratia, ab ea servitute, quæ imponitur, (3) liberæ. Quod et ipsum ante omnia judicem pronuntiare oportet. Fit hoc in confessoria actione de servitute, quam nostram esse intendimus. *d. L. sicut, §. sed si quæritur, D. si ser. vind.* Ratio facit, ut et in petitione libertatis, quam similiter intendimus nostram esse, idem admitti oporteat. Altera petitio est, ut libertas restituatur.

VI. Constat autem hæc restitutio iisdem illis rebus, quas in restitutione servitutis diximus: ut res præstetur, et cautio. Res, id est, libertas. Quod ita fiet, si amplius non inquietetur actor in usu libero rei suæ, et si quid ante positum immissumve est, ut tollatur. Et hoc quoque officium judicis, ut id ipsum facere reum jubeat. *L. an unus, L. si cum meus, D. eod.*

VII. Cautio hæc est, quæ et ipsa officio judicis continetur, ut sublato eo, quo libertas rei nostræ impediebatur, reus et de futuro opere caveat, neque se, neque successores suos quidquam tale in posterum facturos, quo libertas rei nostræ inquietetur. *L. egi. D. eod.* Hæc eadem in negatoria actione prius arbitratur et jubet ju.ex præstari. Si paret reus, absolvitur. Si non paret, intelligere debemus eamdem hic condemnationem sequi, quæ in confessoria actione traditur de iisdem rebus in *d. L. harum. eod. tit.*

VIII. Alterum caput petitionis est de fructibus. Etiam in negatoriam actionem præcedentis temporis fructus veniunt. Est autem fructus id, quod actoris interest adversarium non fuisse usum servitute, puta itinere per fundum. *d. L. 4. §. 1. eod.* Potest autem interdum magno interesse actoris id factum non esse. Finge emptorem, qui jam obtulisset certum pretium centum aureorum, si constaret fundum esse liberum, ideo non emisse, quia intelligeret vicinum ire agere per eum fundum, aut sibi eam servitutem vindicare. Aut emisse quidem, sed propter controversiam vicini de servitute, venditorem coactum multo minoris vendere. Dicemus, quanto minoris propter id factum vicini actor vendiderit, tanti ejus interesse, et vicinum in tantam pecuniam condemnandum.

IX. Utraque exsecutio superior harum actionum est adversus præsentes cum quibus judicium agitur. Quod si qui sint, qui eum prohibeant nos servitute, aut libertate nostra uti; seu per se seu per alios, sui potestatem non faciant, ne secum agi possit: est adversus eos exsecutio ea, quæ in controversiis rerum corporalium, ut prætor caussa cognita mittat actorem in possessionem bonorum adversarii ea lege, ne ante inde discedat, quam is actori eadem illa præstiterit, quæ ad restitutionem servitutis, aut libertatis pertinere diximus. Hoc in *L. is cujus. D. eod.* Idem et in rebus corporalibus adversus latitantes servatur. *L. cum proponas, C. de bon. auct. jud. pos. L. item ait, §. hæc autem, D. ex quib. cau. major.*

X. Et sunt hæ actiones propriæ servitutum. Remedia propria tuendæ servitutis, aut libertatis prædiorum caussa prodita. Quædam sunt remedia communia, quibus ut in rebus aliis, sic et in servitutibus uti licet, prout res quæque inciderit. Servitutis nostræ tuendæ caussa hæc. Potest impediri servitus opere facto, si vicinus puta in loco serviente ædificet adversus impositam servitutem. Hic illa remedia adhiberi possunt, quæ sunt prodita adversus ea opera, quæ fieri non debent. Adversus futurum quidem, id est, quod inchoatum est, nondum factum, operis novi nuntiatio, ne fiat. Adversus id autem, quod jam factum sit, interdictum quod vi aut clam, ut restituatur. Valent maxime hæc remedia adversus ea, quæ fiunt in solo nostro, aut ad jus nostrum pertinente. *L. 1. §. primo, D. de op. nov. nunt.* Sed locum habent et de eo, quod fit in alieno, in quo tamen nobis servitus debetur. *L. etsi. §. 1. ultim. D. si servit. vind. L. de pupillo, §. et belle, D. de op. nov. nunt.* Sed et de servitutibus quibusdam rusticis interdicta quædam possessoria sunt constituta, *L. ultim. D. de servit.* ut de itinere actuque privato, de

(3) At cujus hic erit probare? Duar. *ad d. L.* 15. probandum sic agenti dominium, quo probato, libertas quoque, ex ipso quod non apparet, constituta servitus. Quod vulgo extendunt, etsi in quasi possessione servitutis sit reus conventus. Alii tamen hoc casu probationem domino injungunt. Menoch. 3. *Præs.* 89. *n.* 8. Fachin. 11. *Contr.* 56. A. Fab. *in Cod. Fabr. h. t. Defin.* 8. Cisnerius vero *in Interp. L.* 15. *de op. nov. nunc.* indistincte probandum esse negatoria experienti pluribus contendit.

aqua quotidiana et æstiva. De quibus proprii Tituli in Pandectis.

XI. Libertatis autem prædii nostri tuendæ caussa eadem remedia erunt, si quis ædificet in suo, quo luminibus nostris officiat contra formam et statum antiquorum ædificiorum.

XII. In universum autem adversus eum, qui nos prohibeat, quomodo velimus nostro uti, præter actionem negatoriam placet etiam locum habere interdictum uti possidetis. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si serv. vind.*

C A P. XVII.

Quibus modis servitutes amittantur. Amitti autem omnes tam urbanorum, quam rusticorum prædiorum pariter his modis: Soluto jure constituentis; Lege et pacto servitutis constitutæ; Confusione dominii utriusque prædii; Remissione ejus, ad quem servitus pertinet.

Transitio. I.
Amittuntur servitutes justis de caussis. Caussarum genera duo et quæ. II.
Antiquior amissione caussa duplex: ea vel ex jure auctoris, vel ex pacto constitutæ servitutis nascitur. III.
Ex priore genere est servitus pendente legati conditione ab herede constituta; et quomodo. IV.
Ex posteriore servitus constituta à l certam diem aut conditionem, utilis jure prætorio. V.
Nova amissionis caussa quid; ea triplex, et quæ. VI.
Confusio servitutis quæ: ea, ubi est plena, perimit servitutem. VII.
Secus, ubi non totius prædii, sive unius, sive plurium fiat confusio; et quare. VIII. IX.
Exceptio. X.
Remissio servitutis quæ; et quomodo justa caussa amittendæ servituis. XI.
Unde illa dignoscenda. XII.
Inutilis interdum, et quomodo. XIII.

I. Servitutes prædiorum, ut prædia quibus inhærent, sic et ipsæ natura sua ut plurimum sunt perpetuæ. Ac dum consistunt, tandiu et superiora jura, et his adjuncta illa remedia habent, quæ dixi. Sed et ipsæ suis quibusdam modis amittuntur. Quibus amissis una cum his et cætera, quæ erant servitutis, intereunt.

II. Amittuntur autem, ut sunt justæ amittendi caussæ. Earum caussarum genera duo. Quædam amissione antiquiores sunt, et jam inde ab initio constitutionis natæ; quædam novæ et præsentes.

III. Antiquior amissione caussa duplex, utraque fere cum usufructu communis. Nascitur enim aut ex jure vetere auctoris, aut ex lege et pacto servitutis constitutæ.

IV. Ex jure auctoris, caussa etiam constitutionem servitutis antecedente, servitus amittitur, cum prædio, quod sub conditione legatum erat, heres pendente conditione servitutem imposuit. Hoc quidem facere potuit jure. Pendente enim conditione dominus est, eoque et quidquid interim de re statuerit, aut alienando, aut rem onerando, tantisper ratum est. *L. et post*, §. 1. *D. fam. erc.* Sed si legati conditio exstiterit, ut jam res legata ab eo discedens ad legatarium translata fit, ut soluto jure heredis, etiam quod ante alienationem fuit, finiatur servitus ab eo constituta, quasi retroversus, nec dominus fuerit, qui constituit. *L. si fundum a testatore, D. de cond. et dem. L. is cui*, §. *ult. D. quem. ser. amit.* Idem et in usufructu interim constituto servari suo loco diximus. *L. si sub conditione, D. quib. mod. us. am.* Si tamen pendente conditione hujus legati idem heres servitutem prædio acquisierit, placet conditione legati exsistente servitutem durare, et sequi legatarium. *d. L. is cui*, in fi. *quem. ser. amit.* Atqui non magis servitutem acquirere potest prædio, qui dominus non est, quam imponere. *L. si quis duas*, in pr. *D. com. præd.* Sed ne hic quidem acquirit alius, quam prædii dominus, uti nec imponit, pendente enim conditione heredem prædii dominum esse diximus. Verum ideo imponere non potuit eam, quæ duraret; quia isto modo noceret legatario. Acquirere ideo potuit, quæ maneret, quia hoc facto illi prodest. Meliorem quisque alterius conditionem facere potest ignorantis et inviti: deteriorem non potest. *L. solvendo, D. de neg. gest.*

V. Lege et pacto servitutis constitutæ finitur servitus, cum ea ad diem, aut certam conditionem constituta est, et dies venit, aut conditio exstitit. Est enim frustra hæc adjiciuntur ipso jure: valent tamen jure prætorio, defenduntur que propter conventionem

ope exceptionis, ut in constitutione servitutis ostendimus. *L. 4. D. de serv.*

VI. Nova et præsens caussa servitutis amittendæ est, quæ ex post facto secuta est constitutionem, et cum primum oritur, præsentem secum amissionem habet. Ea aut a casu est, aut ab ejus, cui servitus debetur, facto. Casu, confusione. Facto domini dupliciter, aut ejus voluntaria remissione, aut intermissione utendi, seu non utendo. Ut si hæ caussæ in unum conferantur, efficiantur numero tres, quibus ex re postea nata servitus amittatur: confusio servitutis, ejus remissio, intermissus servitutis usus.

VII. Confunditur, et hac confusione tollitur servitus etiam invitis dominis, cum idem utriusque prædii et dominantis et servientis dominus esse cœperit. *L. 1. D. quem. serv. am.* Veluti, si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, emerit. Quæ res facit, ut si rursus eas vendat, nominatim imponenda sit servitus, si quidem deberi velit, alioqui liberæ veneunt *L. si quis ædes*, in pr. *D. de serv. urb. præd.* Amittendi ratio ex natura servitutis. Nam si cum idem utriusque prædii dominus factus est, manet adhuc servitus: eventurum est, ut res sua domino serviat. Natura autem servitutis ea est, ut nulli possit res sua servire. *L. in re communi, D. de serv. urb. præd. L. quidquid, D. com. præd.* Sic tamen prædiis ambobus in eamdem personam conjunctis confunditur servitus, si prædio serviente quæsito ei, cui servitus debebatur, servitus per unum prædium debita fuerit, et id prædium totum illi sit quæsitum. Horum si quid deest, quia manet alienum aliquid in quo consistat servitus, ideo et servitus tota retinetur, quantumvis idem utriusque prædii dominus esse cœperit.

VIII. Duo sunt igitur casus, quibus in hoc prædiorum in unam personam concursu, nihilominus retinetur servitus. Unus est, cum ea debetur per plurium prædia, et is cui debetur, unum ex his, non omnia acquisivit. Quodcumque id erit, sive inferius, sive superius, servitus per omnia ea prædia retinetur: id est, etiam in eo, quod acquisitum est: ut si is, qui acquisierat, aut iterum id vendat, aut vendat suum illud vetus, cui servitus debebatur, utroque casu servitus prædium sequatur, non quasi nunc constituta (volumus enim nihil nunc novi factum esse) sed quasi prius non amissa. *L. si cum servitus, D. quem. servit. amitt. L. tria, D. com. præd.* Hoc ideo, quia una est servitus, una via, quæ per plures fundos debetur. Eo fit, ut non possit amitti, nisi per omnes simul amissa fuerit. Quod si non potest, necesse est vel uno, aut parte ejus manente totam servitutem retineri. Ulpiani ratio in *L. una est, D. de ser. rust. præd.* Javoleni hæc in *d. L. si cum servitus*, quia toties, inquit, servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quem pertineat, non potest. Medio autem fundo acquisitio potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeatur.

IX. Alter casus est, si debeatur quidem servitus alicui per unum prædium, sed is partem tantum ejus prædii acquisierit, non totum prædium. Si quis partem prædii tantum nactus sit, sive id acquirenti, sive id prædio quæsitu serviat, non confundi servitutem placet; quia (1) per partes servitus retinetur. *L. si quis ædes*, §. 1. *de serv. urb. præd. L. ut pomum*, §. 1. *D. de servit.* usque adeo, ut quanvis inter duos, quorum unius prædia alterius prædiis serviant, ea prædia dominorum consensu communicata, sint: tamen maneat servitus, *d. L. si quis ædes*, §. 1. Neque hoc quisquam adversari putet, quod ab initio per partes servitus acquiri non potuit, ut et significatur in *d. L. pomum*, §. 1. *de serv.* Nam vel hoc ipso argumento efficitur potius, servitutem per partes dominii retineri, exigente id natura et lege amissionis cujusque. Ea est enim ex regula juris, ut ne amittatur quidquam, nisi eodem modo, quo constitutum est, rebus in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Ut ergo ab initio non potest servitus constitui, nisi toti prædio vel imponatur, vel acquiratur: ita semel recte constituta non potest ex eadem regula amitti, nisi a toto prædio recedat. Quod si in toto non amittitur, ubi totum prædium quæsitum non est; necesse est (2) per eam partem, quæ restat, totam retineri.

X. Una hic exceptio est de sententia Ju-

(1) Si jam constituta sit, et semel fundo inhæserit. Secus est in promissa, Nam quæ utilis ab initio stipulatio, parte alienata evanescit *L. 11. de serv.* Cujac. 6. *ad Afr. ad L.* 32. *R. P.*

(2) Per partes retinetur diviso prædio servitus tota ac in solidum, *L. 18. R. P.* non vero pars servitutis. P. Fab. *ad L.* 110. *de R. I. p.* 483. Vital. 2. *Var. Lect.* 3. Wes. *in par, de Ser. n.* 9. *cir. fin.* Non pars servitutis, inquit, quæ individua, retinetur; sed in parte fundi tota servitus. Est enim tota in toto et in qualibet parte tota *L. 9. de Serv. L.* 23. §. 2. *B. P.* de quo et Cæpol.

liani. Nam si servitus prius debeatur duobus, non tamen singulorum prædiis, sed uni prædio duorum communi, et hi prædium serviens in commune redemerint; putat Julianus servitutem exstingui: quæ tamen maneret, si proprio meo, et proprio tuo idem serviret, et id in commune redimeremus. *L. si communi, D. de servit. rustic. præd.* Sententia parum expositæ rationis. Quam tamen probabiliter reddi posse hanc existimo, ut servitus hoc casu per partes non retineatur, quia cum jam prædium dominans inter duos commune est, et hi alterum serviens similiter in commune redimunt: facere videntur, ut uniuscujusque pars, quæ est in prædio serviente, videatur servire parti suæ, quam habent in prædio dominante, dum uterque id agit, ne in ea redemptione alteri socio noceat, sed par sit caussa et utilitas utriusque. Sic enim fit, quod Julianus pro ratione adfert in *d. L. si communi, de serv. rust. præd.* ut hoc modo par utriusque domini jus in utroque fundo esse incipiat. Par ideo, quia uniuscujusque parti sui prædii pars ex æquo serviat. At hoc jam fieri non potest, ut res sua cuiquam serviat. *d.* (3) *in re communi, de serv. urb. præd.*

VI. Remissione amittitur servitus, ut quisque cui servitus debetur hanc domino prædii servientis voluntate remisit. Usque adeo, ut etiam iter ad sepulcrum hoc modo recte amittatur. *L. ad certam, L. servitutes prædiorum*, §. 1. *D. de servit.* Atqui servitus nuda voluntate inter vivos non constituitur, sed et constitutio traditionem desiderat. *L. quoties, ult. D. de serv.* Qui potest igitur, quæ nuda voluntate non constituitur, nuda voluntate dissolvi contra regulam juris, quæ dictat unumquodque iisdem modis dissolvi, quibus colligatum est? *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Sed nihil ne hoc quidem adversus regulam juris. Quin et hic servitus eodem modo amittitur, quo et quæsita est: voluntate nimirum domini, et possessionis omissione, uti voluntate ejus, et possessionis traditione quæsita fuerat. De voluntate ejus constat ex remissione. Qui servitutem remittendi animo habere noluit, simul ejus possessionem omisit. Animo enim solo amittitur possessio. *L.* 3. §. *in amittenda, D. de acquir. poss.* Possessione servitutis amissa ab eo, qui hoc animo fuit, ne servitutem etiam haberet, ipsa servitus amittitur, vel exigente superiore regula juris: si modo servitutem retro tradere voluit, et velut in eum, qui debuit, transferre. Quod fit servitutem remittendo, dum hac remissione libertas velut restituitur vicino. Sed quod fit in constituenda servitute, hoc idem et in remittenda servatur, ut quemadmodum ab initio per partes indivisas constitui non potest, sic nec possit remitti. Nisi forte ad certam partem fundi remittatur. Nam et ab initio ad certam partem, id est, divisam potest constitui. Quoniam hæc non est pars fundi, sed fundus. *L. ad certam, D. de servit. L. si quis duas*, §. 1. *D. com. præd.*

XII. Remisisse servitutem intelligitur non solum, qui verbis aperte remisit: sed etiam qui re aliqua et facto id ipsum se velle declaravit. Quod is fecisse existimatur, qui concessit in loco serviente id facere, quo facto usus servitutis impediatur: puta in ea area, quæ stillicidium meum recipiat, ædificare; in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere. Unde hac permissione et stillicidium, et viam continuo amitti placet. *L. si stillicidii, D. quem. ser. amit.* Hoc tamen ita, dum non precario concessum sit, sed donationis caussa, aut pretio, ut animum remittendi fuisse appareat. *L. pen. D. com. præd.*

XIII. Interdum tamen remissio nihil agit, quasi fuerit sub conditione tacita, quæ conditio non exstiterit. Quod accidit in hac specie. Nam si ab eodem prædio duæ servitutes uni debebantur, puta ab ædibus altius non tollendi, et stillicidii recipiendi; a fundo via, et ususfructus: quamvis is unam ex his remiserit donationis caussa; placet tamen sic hanc amitti, si sine interitu alterius liceat uti concesso: si non liceat, neutram remissam videri. Quod exemplis declaratur in *L.* (4) *si domus, D. de serv. urb. præd. L.*

in *de Serv. rust. Cap.* 4. *n.* 13. licet id barbare tradi scribat Jo. Superior *ad L. vic.* 17. *de serv. n.* 3. Dicitur quidem pro parte retineri *d. L.* 30. §. 1. *F. P. L.* 34. *F. P.* scilicet fundi, non servitutis. Est tamen et alias sæpe alia constitutionis, alia conservationis ratio, de quo vid. Gœd. *ad L.* 85. *de V. S. n.* 2. Confer. Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 15.

(3) Obst tamen *d. L.* 27. *L.* 34. *eod. t.* Resp. Pac. 3. Q. 59. dist. Aut fundus serviens eodem tempore acquiritur utrique et servitus extinguitur *d. L.* 27. quia uterque quasi pro una persona. Aut pertinet ad unum ex dominis prædii dominantis, qui deinde eum communicat cum socio, ac non perit, *d. L.* 34. Quod non probat Jo. Superior *in L.* 2. *de servit. n.* 7.

(4) Cui non obstat *L.* 8. *pr. h. t.* vid. Pac. 7. Q. 88.

si mihi eodem, in princ. *D. de serv. rust. præd.* Et recte. Unam enim tantum remissam apparet hoc animo, et velut tacita conditione, ut altera retineatur. Quare si hæc sine altera remissa retineri non potest, eveniet, ut tanquam deficiente remissionis conditione, neutra servitus remissa videatur; denique ut qui unam remisit, eam habeat, quam non remisit, quæ sine altera haberi non potest.

C A P. XVIII.

Etiam non utendo amitti servitutes prædiorum: sed aliter rusticorum; aliter urbanorum: Et quid proprium generis utriusque. Nec pluribus modis, quam superioribus servitutes prædiorum amitti.

Etiam non usus est amittendæ servitutis caussa. I.

Sed hic tamen aliqua desiderat cum in servitutibus urbanis, tum rusticis. II.

In rusticis 1. ut nemo, sive dominus prædii, cui debetur, sive qui alius est in possessione usus fuerit constituta servitute. III.

Qui non utuntur, hi sunt in triplici genere, et qui. IV.

Quicumque tamen sive dominus sive alius utatur, servitutem utendo retinet. V. VII.

Modus utendi duplex, et qui ille. VI.

Sive tota servitute, sive parte servitutis utatur, quod quale sit exponitur. VIII. IX.

Interpretatio L. 6. *versic.* sed si fundus. D. quemad. servit. amit. X. XI. XII.

Cum plures domini utuntur unius prædii servitute: an singuli amittant non utendo, etiam aliis utentibus; et quid si servitute, quæ communi prædio debetur, quidam non utantur. XIII.

2. *Ut nemo usus fuerit servitute, decem aut viginti annorum spatio, si illud continuum.* XIV.

Secus, duplo, aut triplo longiore tempore et quomodo. XV. XVII. XVIII.

Continuum tempus cur idem, ac quotidianum; utrumque, triplex, et quale unumquodque. XVI.

Annua intervalla plurium diverso tempore non utentium, in legitimo non usus spatio computantur. XIX.

Quocumque modo non usus aliquis fuerit, sive culpa, seu casu, servitutem amittit; et tamen ei qui casu amisit a lege subvenitur, et quomodo. XX.

Exceptio. XXI.

In urbanis prædiis præter non usum legitimi temporis requiritur in amissione servitutis etiam libertatis ædium usucapio. XXII.

Usucapio libertatis ædium quot partibus continetur. XXIII.

Hanc cur in urbanis necessaria, non item in rusticis. XXIV.

Prædiorum servitutes tribus tantum superioribus modis amittuntur. Et quare secus in usufructu. XXV.

I. Etiam non (1) utendo servitutes amittuntur tam urbanorum, quam rusticorum prædiorum. *L. hæc autem, D. de serv. urb. præd.* Sed hoc modo hæ non similiter.

II. Sunt enim quædam, quæ ad hanc intermissionem utendi accedere oporteat: ex quibus pauciora in rusticis prædiis observentur, plura in urbanis. Atque hæc sunt in summa. In servitutibus rusticorum prædiorum duo. Sunt autem hæc: ut nemo servitute constituta sit usus; tum ut ne usus per totum constitutum tempus. In urbanis præter hæc duo adjicitur tertium, ut is, qui servitutem debet, vicino non utente, simul et ipse per idem tempus libertatem ædium suarum usuceperit. Quæ singula qualia sint, consideremus.

III. Primum illud exigitur in commune ad hanc amissionem in servitutibus omnibus, ut constituta servitute usus sit nemo, id est, neque is, cui servitus debetur, neque is, qui sit in possessione prædii dominantis. *L. usu. D. quemad. serv. amit.*

IV. Eorum, qui servitute non uti intelliguntur, genera tria sunt. Qui si omnes probantur in ea caussa esse, ut per singulos servitus amittatur: satis argumenti erit veram esse superiorem sive conditionem,

(1) De qua vid. Cæpolla *de serv. urb. C.* 14. Vital. 2. *Var. Lect.* 11. Prohibita alienatione, etiam hæc amissio ut in servitute fundo dotali debita *L.* 5. et 6. *de fun. do.* vid. Cujac. 11. *Obs.* 28.

sive definitionem; et simul quid contineat, intelligetur. Primum genus est eorum, qui omnino serviente loco non utuntur: quod dubitationem non habet. Secundum eorum, qui utuntur quidem loco serviente; sed non ita, ut tanquam servitute utantur: et breviter, qui non ut suo jure, non jure servitutis utantur. Veluti si utantur via quidem, sed ut publica. *L. ult. quem. ser. amit.* aut utantur ut privata, at non jure servitutis: sed quia pro tempore cogebantur per fundum vicini transire, puta vel propter incommoditatem rivi; vel quia via publica interrupta erat. *L. 1, §. Vivianus, D. de iti. act. pri.* Tertium eorum, qui et loco serviente utuntur, et utuntur jure servitutis: sed non utuntur servitute constituta. Quod contingit ei, cui servitus ad certum modum constituta est, et alio modo per omnia utitur. Veluti, si cui aquæductus cessus sit, ut certis horis et temporibus aquam duceret, et aliis duxerit: Si via concessa, ut certo genere vehiculi uteretur, et alio sit usus. Si concessum, ut certam aquam duceret, et aliam duxerit. Et ideo his omnibus modis placet, si cætera concurrant, servitutem amitti non utendo. Scilicet quia usus quis sit, sed non constituta servitute. *L. si communem, §. 1. L. is cui, seq. L. si quis alia*, in princ. *D. quem. servit. amit.* Non est in eadem caussa, qui fecit quidem id, quod licuit; sed fecit amplius aliquid: sicuti si latiore via sit usus, aut plura jumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. *d. L. is cui. eod.*

V. Sed quemadmodum in usu personæ hoc exigimus ad amissionem servitutis, ut nemo servitute sit usus; ita in eo ad hanc amissionem sciamus nihil amplius requiri. Hoc eo pertinet, ut si quis omnino usus sit servitute, quisquis is sit, et quacumque in parte usus fuerit, intelligamus servitutem non deperire: quia non id evenerit in hac parte, quod lex coercet.

VI. Utitur servitute non is tantum, qui usum servitutis semel cœptum facto suo repetit: sed etiam qui ad usum servitutis id positum habet, in quo ejus possessio versatur. Ut in servitutibus urbanis si quis tignum immissum, aut ad servitutem luminum ædes suas altius sublatas habeat. Ideo hoc posito velut usu servitus in hoc genere retinetur. Et hoc est, quod Paulus ait, servitutes, quæ in superficie consistunt, idest, in ædibus, possessione retineri. *L. servitutes*, in pr. *D. de serv. urb. præd.*

VII. Quis utroque modo servitute utatur, ad retinendam usu servitutem nihil interest: puta isne, cui debetur servitus, an alius. De eo, cui servitus debetur, non est dubium: dum modo prius hoc constet eum usum esse. Is videtur uti, sive utatur ipse, sive alius ejus nomine: ut mercenarius, amicus, hospes, medicus etiam, quive ad visitandum dominum venit. *L. usu, quem. ser. amit. L. non utitur, D. de usufr.* De alio dubitari potest, qui dominus non sit, nec domini nomine utatur. Sed tamen et de alio quovis ita placet, ut si quis, quia est in possessione fundi dominantis, prædii servitute utatur, etiam ejus usu non minus servitus retineatur: quo in numero sunt socius, fructuarius, bonæ et malæ fidei possessor. *d. L. usu*, et quatuor, seqq. *L. 5. quem. serv. amit.* At isti non utuntur nomine ejus, qui prædii dominus est, cui eidem debetur servitus. Sed utuntur nomine prædii, seu ut debita prædio servitute. Hoc vero sufficit. Est enim servitus prædii, non personæ. *L. 6.* in pr. *L. denique 22. D. eod.* Ita semper verum est, his utentibus esse aliquem, qui debita servitute utatur.

VIII. Atque ut in personis utentium nihil interest, quis servitute utatur, ut dici possit aliquem esse usum, nec amissioni servitutis ex hac caussa locum esse: ita nec illud refert in servitutis usu, quatenus quis utatur. Et qui in partem aliquam servitute utitur, totam usu retinet. Partem nunc voco, non proprie partem servitutis, quæ divisionem non recipit. *L. 1. §. si ususfructus, D. ad leg. Fal. L. 4. si fundus, D. si serv. vind. L. stipulationes non*, in pr. *D. de verb. obl.* sed aut speciem, quam genus servitutis constitutæ continet, aut partem loci, seu locorum servientium, in quæ quis servitute sit usus. Si quis specie una aliqua servitutis constitutæ sit usus, totum genus retinet. Ut si quis via aut actu constituto, usus sit tantum itinere. Quinimmo etsi cui separatim legata sint iter et actus, si vel itinere tantum sit usus, placet eum nihilominus actum retinere. *L. 2. D. quem. ser. am.* quasi usus sit videlicet ea specie itineris, quæ actu tacite continetur, quamvis nominatim non sit legata. *L. 1. de serv. rust. præd.*

IX. Idem juris est, si quis in parte aliqua loci, locorumve servientium servitute, quæ per omnia una erat, usus sit. Hinc placet, si per plurium prædia via mihi debeatur, et per unum tantum prædium iero, nihilominus et in hac et in cæteris quibus usus non sum, totam servitutem retineri: quia una sit via, quæ uni fundo meo debetur, etsi per plures fundos imponatur. Eo fieri, ut in uno retenta retineatur tota, nec

prius amittatur, quam in omnibus amissa fuerit, dum pariter non utor omnibus, *L. una est, D. de servit. rustic. præd.*

X. Qua ratione eveniet, quod Celsus scripsit paulo obscurius, vere tamen, et si ad superiorem rationem refertur, certo et non obscure, ut si via mihi debeatur per unius fundum, et is fundum diviserit in duas partes, ut sic duos fundos servientes faceret (nam pars divisa non amplius pars est fundi, sed fundus. *L. si quis duas*, §. 1. *com. præd.*) tum una in parte servitute utendo, in utraque servitutem totam retineam: sive per longitudinem viæ divisus sit fundus, sive per viæ latitudinem. Si quidem, inquit, certo loco viæ constituto, fundus per *longitudinem ejus divisus sit, eadem omnia servanda erunt, quæ servanda essent, si initio constituendæ ejus servitutis similiter hic duo fundi fuissent.* Hoc ille in *L.* (2) *nam satis*, 6. vers. *sed si is fundus, D. quem. servit. amit.* Quid autem servaretur duobus fundis initio positis, per quos via ad meum fundum deberetur? Nempe satis esset vel per unum ire, ut servitus retineretur tota etiam per alterum. Quapropter hoc sentit et in his duabus partibus, id est, fundis postea factis, idem servandum. Id sentire eum divisio, quam dicit, declarat. Dicitur enim fundus dividi per longitudinem viæ, cum ipsa longitudo viæ secatur, et per hanc sectionem fundus ita, ut in singulis partibus divisis via maneat longitudine pristina brevior, at eadem latitudine, quæ ab initio fuerat: uti fieret videlicet ab initio, cum divisis istis fundis per utrumque ex æquo eadem via imponeretur. *Si vero*, inquit, *per latitudinem viæ fundus* serviens a domino *divisus est (nec multum refert, æqualiter id factum est, an inæqualiter) tunc manet idem jus servitutis, quod, fundo indiviso, fuerat. Nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota via poterit.* Hoc ille continenter in *d. L.* 6. versic. *si vero per latitudinem.*

XI. Id vero obscurius. Incertum enim prima fronte ex verbis, utrum hoc dicat, dum per unam ex his partibus servitute sim usus, totam etiam per alteram partem retineri, ut fieret, fundo indiviso, si quis per unam partem servientis fundi ivisset: an vero contra velit in utraque parte servitutem non aliter retineri, quam si quis per utramque sit usus, quasi utraque pars suam viam divisam ab alterius partis via habuerit. Quod adversativa, *si vero*, significare videtur, quæ connectit dissimiles caussas. Idque etiam divisio ipsa, quam nominat, suadere videatur. Dicitur enim fundus dividi per latitudinem viæ, cum ipsa latitudo et superficies viæ ab initio ad imum dividitur, ac per hanc divisionem fundus ita, ut utraque pars fundi partem viæ sibi adjunctam habeat latitudine divisa angustiorem factam, at manente eadem longitudine, quæ prius fuerat. Quod cum fit, jam videri potest uterque is fundus suam servitutem sibi adjunctam habere; similiter ut fieret, in uno fundo indiviso, quo proinde si quis uteretur, servitutem in eo retineret, si non uteretur, et in eo amitteret.

XII. Sed quid sentiat Celsus, verba superiora et sequentia evidenter declarant. Ait enim fundo per latitudinem ita diviso, ut dixi, manere idem jus servitutis, quod fundo indiviso, fuerat. At, fundo indiviso, per omnem partem loci servientis una fuit via, non duæ. Una ergo et post superiorem divisionem in utraque parte divisa. Id apertius exprimit postea. Quoniam, inquit, unum atque eo modo individuum viæ jus est. Significans, quæ via utrique parti divisæ adjuncta est, non ideo duplicem viam esse, sed unam, ut prius, cujus etiam unum et idem jus sit, quod prius fuerat. At, fundo adhuc manente indiviso, si quis per unam partem loci, in quo via debetur, eat; is totius loci jus et servitutem retinebit. Ergo et qui fundo ita diviso, ut proponitur, si per unam partem ierit, etiam per alteram jus servitutis, quod unum et indivisum est, retinebit. Atqui ne dubitaremus hoc eum sentire, id etiam his expressit. Primum verbis generalibus, cum definit viam hanc, quæ in utraque parte divisa esse cœpit, nec usu detineri, nec non utendo deperire, nisi totam posse. Quo significatur, si una parte sim usus, totam viam, ac proinde in utraque parte (quoniam una est in utraque) eo usu retineri: et contra tunc solum deperire totam, cum neutra parte simul sum usus. Deinde exemplo manifesto dilucide hoc explicat. Nam si forte, inquit, inciderit, id est, ita acciderit, ut per unam partem ex his divisis non sit plena via relicta, sed ex divisione viæ semita tantum, per alteram autem sit tantum loci, quantum viæ sufficiat, et quis semita illa, quæ per alterum dumtaxat fundum erat, uteretur, non idcirco tamen alter fundus libe-

(2) De qua vide dimicantes Cujac. 15. Observ. 11. et Hotom. 1. Amic. 19. qui pro *ita divisus* reponit *semita divisus*. Nostri expositio probanda videtur.

rabitur. Quod plane nihil aliud est, quam servitutem etiam in altero fundo totam retineri, nec non utendo ea parte interire. Unde ratio sequens; quoniam, inquit, unum, atque eo modo individuum viæ jus est. Sic fit in summa, ut hoc dicat, utro ex superioribus modis fundus divisus sit, per longitudinemne, an vero per latitudinem, ad retinendam aut amittendam servitutem nihil interesse: unius partis totam servitutem per utrumque fundum, seu per utramque partem divisam retineri: non utendo tunc deperire, cum neutra parte ad servitutem usus quisquam fuerit. Quid ergo sibi vult adversativa inter utramque speciem interposita? Ut declararet diversas quidem divisiones viæ, et fundi has esse, in quo est vis adversativæ; jus tamen in utraque de amissione servitutis initio constitutæ esse idem. Summa autem eo redit, quod supra posui, cum una est via, quæ per plures fundos imponitur, unius fundi usu etiam per cæteros totam retineri: per omnes tunc interire, cum tota perierit per nullum ea utendo.

XIII. Non idem juris est, si servitus per unum fundum debeatur pluribus. Si debetur pluribus ad fundum communem, etiam unius socii usu tota servitus usurpatur, ut hoc usu retineatur tota etiam cæteris. Sin pluribus istis debetur servitus ad proprios singulorum fundos, quanvis per locum aut rivum communem, tamen unusquisque servitute utendo hanc sibi usurpat, et retinet; non utendo sibi amittit; tanquam in distincta et propria singulorum servitute: ita ut nulli ex his prosit aliorum usus, nec servitute ab uno amissa, quidquam inde ex aquæductu accrescat aliis. Hoc in *L. aquam, D. quem. servit. amit.* Ideo scilicet, quia cum servitus sit prædii ejus, cui acquiritur; idcirco etiam ejus prædii jure æstimanda est; ut si unum sit id prædium, sit et una servitus, quæ ei debetur: si plura prædia plurium dominorum, plures quoque sint servitutes, quarum unaquæque suum prædium, cui debetur, sequatur. Quapropter etsi uni prædio communi ab initio servitus constituta sit, si deinde domini eum fundum inter se diviserint, ut singuli fundi, id est, singulæ partes divisæ singulis cederent: necesse erit hoc idem et post eam divisionem evenire, quod Celsus scripsit in *d. L.* 6, *versic. Celsus. D. quem. servit. amit.* idem, inquam, quod supra, ut sibi quisque dominorum usurpet servitutem, sibi non utendo deperdat, uti fieret, si ab initio servitus duobus fundis esset debita.

XIV. Non est satis neminem servitute constituta usum esse, ut non utendo amittatur. Alterum concurrere oportet, ut nemo ex iis, quos supra uti posse diximus, usus sit per statutum integrum tempus. *d. L. hæc autem, de servit. urb. præd. L. si sic.* illic, *idem et. D. quem. serv. amit.* Id tempus ut in usufructu definitum a Justiniano, decem annorum adversus præsentes, et viginti adversus absentes in *L. sicut, C. de serv. et aq.* Quod tamen sic accipiemus, si sit continuum tempus, quo quis servitute uti potuit. Id autem continuum' quod et quotidianum.

XV. Quod si servitutis usus continuum et quotidianum tempus non habuit, sed erit alternis annis vel mensibus constituta: placet eam non nisi duplicatio constituto tempore amitti. Hoc Paulus in *d. L. si sic constituta, quem serv. amit.* ubi et ille, quod sit hic tempus continuum, quod non continuum, declarat; quo intellecto, etiam distinctionis ratio patebit.

XVI. Continuum ergo tempus ille hic indicat idem esse, quod quotidianum, de sententia Servii. Et recte: quia continuum tempus hic intelligere debemus annorum statutorum continuum tempus. Annum autem civiliter non ad momenta et horas, sed ad dies numeramus. *L. anniculus non statim, D. de verb. sign.* Continuum ergo annorum tempus est, si quid per singulos dies fieri potuit, id est quotidie, ut sit idem tempus continuum et quotidianum. Utrumque autem id triplex est. Primum id sine dubitatione, cum servitus simpliciter constituta est, ut proinde possit quis uti perpetuo, si velit. Alterum, si sit ita constituta, ut quis certis horis sive alternis, sive aliis utatur, dum quotidie. Tertium, si ita constituta, ut utatur etiam alternis diebus. Ac priora duo certa. Apparet enim in illis usum esse quotidianum. Tertium habet dubitationem, ac videtur etiam verbis ipsis constitutionis refelli. Nam quomodo fit quotidie, quod fit tantum alternis diebus: cum unus semper sit dies intermedius, quo quis non utatur? Sed et hic recte quotidianum utendi tempus dicitur, ut videatur quod fit alternis diebus, etiam quotidie fieri. Posterioris enim diei, quo servitute utimur, finis in initium sequentis incurrit, et hujus partem velut occupat, ut in eum quoque diem servitutis usus incidere videatur. Ut, si meum euntem, aquamve ducentem constitutu die extrema ejus diei hora occupet, hic necesse est iter et ductum meum incurrere in initium diei sequentis,

quo uti non debeo, ut quanvis tum usus meus finiri statim debeat, tamen verum sit, eum saltem ad eum diem pervenisse et in eo substitisse.

XVII. Cæteris ergo intervallis temporum additis, tum scilicet vult Paulus in *d. L. si sic constituta*, non esse continuum utendi tempus, quia non est quotidianum. In hoc genere si servitus ita constituta sit, ut quis alternis annis, aut alternis mensibus utatur, tum si quis ea non utatur, servitutem duplicato constituto tempore amitti; idest, adversus præsentes non decem annis, sed viginti: adversus absentes autem non viginti, sed quadraginta. Interpretatio ducta ex certa sententia legis. Quæcumque enim lex non utenti, aut rem suam non persequenti pœnam statuit, rei amissionem, nunquam statuit, nisi adversus eum, qui jure rem suam potuit persequi, neque fecit. Adversus eum autem, qui agere non potest, nunquam cedit ejus temporis præscriptio, quo agere non potuit. *L.* 1. in fi. *C.* de an. exc. *Quid enim*, inquit Paulus, *potest imputari, ei, qui jure facere quid etiam si vellet, non potuit?* L. cum quidam, §. *si pupillo, D. de usur.* At servitute alternis annis, vel mensibus constituta, intermediis annis et mensibus nullus usus servitutis esse potest etiam ipso jure. Intervalla enim temporum ipso jure utiliter adjiciuntur servituti. *L.* 4. in fi. *de servit.* Quare ne id quidem tempus ad præscriptionem nocere potest non utenti servitute. Restat igitur, ut ex omnibus annis, quibus quis servitute usus non est, sumantur ii anni, et menses, quibus jure servitute uti potuit, qui iidem in unum collati efficiunt constitutum legibus tempus. Hoc autem tempus in alternis annis aut mensibus non reperietur, nisi in duplicato legitimo tempore: cum scilicet semper ex duobus annis aut mensibus unum tantum sumere oporteat, ac proinde ex duplicato constituto tempore solum dimidium, quod valeat ad præscriptionem.

XVIII. Ex quo intelligi debet, quod Paulus his dicit de duplicando constituto tempore, solum locum habere in ea specie, quam proponit, cum scilicet aqua constituta est alternis temporibus, alternis annis, vel mensibus. Quod si divisio temporum longius intervallum habebit ad utendum; semper hanc regulam sequemur, ut ad amissionem servitutis, et temporis præscriptionem computentur solum ii decem, aut viginti anni, quibus servitute quis uti potuit. Quamobrem si servitus ita sit constituta, ut quis aquam ducat tertio quoque anno; dicemus tempus hic (3) triplicari oportere, ut non nisi triplicato eo servitus non utendo amittatur: puta præterire oportere triginta annos, quibus aquam non duxerit, si volumus eam amitti decem annis, quibus ducere potuerit. Idemque de aliis intervallis temporum pro portione et facultate utendi judicandum est.

XIX. In hoc tempore legitimo, quo quis uti potuit, non tantum computatur id, quo qui nunc dominus est, non est usus, sed etiam annua tempora, quibus præcedentes domini, quibus servitus debebatur, usi non sunt. *L. si quis via*, §. 1. *quem, serv. amit.* Merito: isto enim modo verum est, dum neque priores neque posteriores usi sunt, neminem omnino per constitutum tempus usum esse. Quod satis est ad amissionem.

XX. His concurrentibus quæ dixi, ut nemo sit usus constituta servitute, idque factum sit per constitutum tempus, quo servitute uti per jus licuit, ita servitutes rusticæ amittuntur, ut nihil referat jure summo, utrum quis culpa et negligentia usus non sit, an vero casu prohibitus, non etiam jure. Finge fundum per quem via debebatur, a mari aut flumine occupatum: aut aquæductu constituto fontem exaruisse, unde aqua ducebatur. Si per constitutum tempus hic status rerum fuerit, ut necesse esset neque ire agere, neque aquam ducere placet nihilominus ipso jure servitutem esse amissam. Legi enim locum factum esse: quia verum sit eum, cui servitus debebatur, non esse usum servitute per legitimum tempus, nec quominus uteretur, jure prohibitum fuisse. Sed etsi hoc ita est summo jure; tamen illud adjicitur, amissa hoc modo servitute esse in integrum restitutionem ei, qui amisit, ut servitus ei restituatur, idest, iterum ei constituatur, si aut mare, vel flumen recesserit a fundo serviente, aut fons ad suas venas redierit. *L. si locus*, in pr. *D. quem. ser. am. L. unus*, §. *ult. L. et Atticinus, seq. D. de serv. rust. præd.*

XXI. Excepta est hoc loco una ex omnibus servitus itineris ad sepulcrum. Hanc placet non utendo nunquam amitti. *L.* 4. *D. quem. serv. amil.* Non est in caussa religio.

(3) In quo dissent. DD. qui quæcunque sint intervalla tantum duplicationem admittunt, ut apparet ex Cæpolla *de Serv. urb.* *C.* 24. *n.* 5 Jac. Toming. *Decis.* 54. *n.* 7. qui exemplum habet servitutis transvehendi fœnum e pratis suis per prata vicini.

Alioqui dicendum esset nec eam hoc de caussa remitti posse. Quam tamen recte remitti constat. *L. servitutes prædiorum*, §. 1. *de serv.* Sed hæc ratio est, quam paulo ante attigimus, quod nulli amittitur servitus non utendo per id tempus, quo non potuit ex constitutione servitutis uti, etiam si vellet. Huic enim nihil est, quod imputetur. *d. L.* 1. in fin. *C. de an. exc. d. L. cum quidam*, §. *si pupillo, D. de usur.* Iter autem ad sepulcrum ejusmodi est, ut cum constituatur sepulturæ caussa, cui rei et sepulcrum destinatum est: non liceat ex ipsa etiam constitutione eo itinere extra hanc caussam recte uti. Non semper porro homines moriuntur, quos ibi (4) sepeliamus, non ii, quos conveniat eo inferre. Proinde nullum hic certum tempus, quo dici possit is, cui iter debebatur, itinere, cum poterat, religionis caussa usus non esse. Quocirca nec potest ullum certum tempus ad amissionem servitutis ei cedere.

XXII. Præter superiora duo, quæ in servitutibus rusticis ut exiguntur, ita ad amissionem servitutis satis esse diximus, ut servitus non utendo amittatur: tertium etiam accedere oportet in servitutibus urbanis, quo ex hac caussa pereant. Ut scilicet qui servitutem debet, per idem statutum tempus, quo adversarius servitute usus non est, simul libertatem ædium suarum usucapiat. *d. L. hæc autem, D. de servit. urban. præd.* Nam et hæc usucapio ipso jure recepta est, quæ libertatem præstat sublata servitute: non illa, quæ servitutem constituit. *L.* 4. §. *ult. D. de usuc.* Cur hoc tertium exigatur in servitutibus urbanis potius, quam in rusticis, tum facilius intelligetur, cum quid sit libertatem rei suæ usucapere dixerimus.

XXIII. Ut quis libertatem ædium suarum usucepisse intelligatur, tribus rebus continetur. Primum, ut in suo aliquid positum habeat, quo servitus constituta impediatur. Veluti in servitute ne luminibus vicini officiat, ut dum vicinus fenestras et lumina sua præclusa habuit, ne his uteretur, ipse qui servitutem debet, habuerit ædes suas altius sublatas per idem tempus: aut in servitute tigni immittendi, ut dum is, cui servitus debebatur, tignum abstulit, atque ita servitute non utitur, simul is, qui debuit, foramen unde tignum exemptum est, per idem tempus obturatum habuerit. Exempla *d. L. hæc autem.* Alterum in eo est, ut id, quod positum est ad impediendam servitutem, sit immotum. Si erit mobile, nihil proderit ad libertatis usucapionem. Ut, si quis arborem in suo positam habuit ex adverso luminum a vicino præclusorum; non ideo libertatem adversus servitutem luminum usuceperit: quia quod positum est, non habeat continuam possessionem propter (5) motum naturalem arboris. *L. quod autem*, 7. *D. de serv. urb. præd.* Ad usucapionem autem omnem necessaria est non tantum possessio ejus rei, quam usucapere volumus; sed etiam continuatio possessionis. *L.* 3. *D. de usucap.* Tertium et postremum exigit hæc libertatis usucapio, ut qui positum quid habet in suo ad libertatis ædium usucapionem, ædes ipsas per constitutum tempus possideat. Qui si ante constitutum tempus ædes possidere desierit, placet interpellatam videri usucapionem, quasi una cum ædibus et libertatem earum ædium possidere desierit. *L. si ædes*, §. *ult. D. de serv. urb. præd.*

XXIV. Hoc intellecto, jam facilius, ut dixi, cognoverimus quam recte tertium istud in servitutibus urbanis exigatur ad servitutem non utendo amittendam: in rusticis (6) non exigatur. Nempe id caussæ est, quod in rusticis nihil est, quod imputetur ei, qui

(4) Ita et Coras. *ad L.* 14. §. 1. *de serv. n.* 4. ubi *n.* 5. ex Castr. refert si casus frequentiores contigerit mortuorum ex familia et alibi sepultorum etiam hanc servitutem amitti. Dissent. Duaren. ad *d. L.* 14. caussam in religionis favore ponens.

(5) Quia non ut paries immota, sed vi ventorum subinde agitatur. Duar. ad *d. L.* 7. quod reprobat Zoesiet *restit. ad D. C.* 25. quia motus ille accidentalis non naturalis. Motum igitur naturæ accipit, quo arbor crescit, frondes deponit ac viret. Sed Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 12. intelligit transplantationem, quia non, sicuti paries, arbor immobilis: sed citra sui corruptionem loco moveri, alio transferri potest.

(6) Rob. 4. *Sent.* 8. Rusticarum usus non aliter explicatur, quam ejus facto cui debentur. Urbana vero sola ejus qui debet patientia. Præter non usum igitur facto opus est, quod argumentum sit interruptæ patientiæ. Add. Cæpolla *de ser. urb. C.* 24. *n.* 6. Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 14. Cujac. *in L.* 4. §. *ult. de usuc.* Nic. Valla *de reb. dub. Tr.* 7. *n.* 18. Vital. 2. *Lect.* 11. *n.* 3. Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 12. Sed nec rationem bonæ vel malæ fidei haberi vult Connan. *d. p.* 14. cum ipsis ædibus libertas acquiratur. Quod non admittit Cæpolla *de serv. urb. C.* 20. *n.* 4. et Coras. *ad L.* 14. *De serv. n.* 41. licet non requiri fateantur in servitutibus rusticis, ut et P. Gilk. *de præscrip. P.* 2. *membr.* 2. *C.* 8. *n.* 92. quia nullam per hoc labem conscientiæ contrahat, cujus nullum factum, nulla culpa intercessit, quæ hanc notam ipsi adspergere possit.

servitutem debet, si is adversario servitute aliquando non utente, statim aliquid non ponat in suo ad impediendam in reliquum tempus servitutem: in urbanis si per eam occasionem id non faciat, est, quod ei imputetur. Utrumque ex natura servitutis, et usu servituti conveniente. Nam servitutum rusticarum usus, ut itineris, actus viæ, aquæductus, non in opere aliquo versatur, sed in facto utentis; et eo facto, quod continuam possessionem corporalem non habeat; quod pro commodo utentis usurpetur, interrumpatur, repetatur, prout illi visum fuerit. *L. servitutes prædiorum, D. de serv.* Est enim hic usus, ut cui servitus debetur, eat, agat, aquam ducat. Quæ omnia pro occasione et opportunitate temporum, locorum, personarum usurpantur, et omittuntur. Hæc res facit, ut si quis hujusmodi servitute aliquando non utitur; non ideo tamen significationem det se id facere, quia servitute uti nolit. Potest enim, qui modo usus non est, uti paulo post, et vero hoc animo esse, ut utatur. Quod rursum si ita est, apparet non posse adversus ejus voluntatem aliquid in loco serviente tuto poni ad impediendam eam servitutem, de qua nihil dici potest, cur non ejus usus ab illo adhuc retineatur. Nulla vero culpa est non tentasse periculose libertatis rei suæ usucapionem, priusquam constiterit vicinum servitute amplius non uti. At hæc significatio certa est in servitutibus urbanis, si quis semel servitute non uti cœperit, natura servitutum, quæ in contrario non est, id indicante. Earum enim usus non in facto personæ positus est, sed in opere aliquo, quod haberi debeat, per cujus caussam retineatur habendæ servitutis consuetudo, ut est in *L. servitutes*, in pr. *de serv. urb. præd.* puta in tigno immittendo, in fenestris et luminibus aperiendis, in ædibus altius tollendis. Eo fit, ut simulatque quis id opus sustulit, quo ad servitutis usum utebatur, jam certo intelligatur nec servitute eum uti velle. An postea opus restituturus sit, necne, incertum. Nunc quidem, pro eo tempore, quo opus ad servitutem necessarium sublatum est, plusquam certum est eum nec servitute uti, nec velle, aut posse. Hac voluntate ejus, cui servitus debetur, cognita, est adversarii uti occasione oblata ad libertatem rei suæ usurpandam, quam potest tuto et sine injuria tentare per id tempus, quo vicinus non vult, nec potest uti servitute. Culpa, si occasione oblata non utitur. Culpa autem ejusmodi, quæ illi nocere debeat, quominus libertatem ædium suarum nanciscatur; quia in pari culpa utriusque, et illius, qui servitute non utitur, et hujus, qui non usurpat suam libertatem; æquius est favere de servitute non amittenda laboranti, quam certanti de adventicio lucro libertatis acquirendæ. *L. non debet actori*, §. 1. *D. de reg. jur. L. ult.* §. *pen.* in fin. *C. de codicil.*

XXV. Ut his modis amittuntur servitutes prædiorum: ita non amittuntur pluribus, ut divisioni et enumerationi superiori a me propositæ nihil desit. Id intelligetur certius, si quos modos amplius posuimus in amittendo usufructu, eos in hoc genere servitutum locum non habere videbimus. Ac tribus modis amplius usumfructum interire diximus, morte ejus, cui ususfructus debetur, capitis deminutione, et mutatione rei fructuariæ. Nullo modo ex his servitutes prædiorum. Non morte domini servitutis, aut capitis deminutione, ut traditur in *L.* 3. *quem. ser. am.* Nec mirum. Hoc enim genus servitutum non est personæ, sed prædii; non personæ debetur, sed prædio. *L. si mihi eodem.* in fi. *L. unus. de ser. rustic. præd.* Prædia autem neque moriuntur, neque capite minuuntur. Sed nec (7) rei mutatione amittuntur prædiorum servitutes. Ut puta, si sublatum sit ædificium, cui debetur stillicidii immittendi servitus; restituto postea ædificio eadem servitus debebitur; quia res eadem sit propter aream, quæ manserat; etsi forma ædificii fuerit mutata. *L. servitutes.* §. *si sublatum. D. de serv. urb. præd.* Cur hoc aliter receptum sit in usufructu, aliter in servitutibus, et in omni alio fere jure constituto, exposuimus, quod satis esset, cum de amissione usufructus ex hac caussa diximus. Huc referri debet, quod placuit, si certo generi agrorum servitus constituta sit, veluti iter, via ad vineas, ad silvam, ad pratum nostrum, et vineæ aut silva sublatæ sint, aut ex prato ager novalis, vel hortus factus, nihilominus eamdem servitutem manere: quia superficies quidem mutata sit; sed solum maneat, cui servitus est quæsita, *L. certo*, in pr. *D. de servit. rust. præd.*

(7) Item si fons exaruerit et ad suas venas redierit *L.* 34. §. *ult. R. P.* vid. P. Greg. 4. *Synt.* 23.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

LIBER DUODECIMUS

De eo quod cuique debetur: seu, De obligationibus, altera parte juris nostri; id est, ejus quod suum est cujusque.

CAP. I.

Suum cujusque esse, etiam quod ei debetur. Deberi nobis id, ad quod præstandum nobis alius obligatus est. Obligatum esse qui obligatione tenetur. Hinc occasio, atque hic locus de obligationibus cognoscendi. Obligatio quid sit.

I. Ex duabus partibus ejus quod suum cujusque est, in quas ejus juris cognitionem initio divisimus, exposita est ea pars, quæ versatur in eo, quod proprie suum est cujusque. Id autem esse diximus, quod jam venit in ejus potestatem, neque ad eam rem indiget alterius præstatione, id quod suo jure quisque potest sibi sumere sine alterius vel opera vel injuria. Jus positum partim in persona ipsa cujusque partim in rebus externis: distinctum pro conditione tum personarum, tum rerum. Ex quo necesse fuit et in illis de distinctione ac conditione personarum, et in his de generibus rerum tum divinarum tum humanarum, et in humanis tum publicarum tum privatarum, quænam hæ essent videlicet, et in singulis partibus, quid proprie suum esset cujusque, dicere. Quod et fecimus. Altera pars sequitur posita in eo, quod cuique debetur, quod sit ei jure ab altero præstandum. Nam et hoc (1) jus suum

(1) Non igitur obligationes pertinent ad jus personarum, ceu post Loriot. *de Jur. Tr.* 17. *de pact. axiom.* 2. contendit Vult. *ad pr. l. h. t. n.* 8. *et* 1. *et d. sc.* 14. *et* 16. Num et aliud non tantum methodus in Institutionibus servata, sed et §. *ult. I. de usu. et hab.* aperte convincat, ubi obligationes inter res referuntur, non generaliori acceptione vocis *rei*, sed qualenus secundum juris objectum, a personis et actionibus distinctum constituunt. Nec sequitur; ex obligatione est actio in personam; igitur est jus personæ. Longe enim alia ratione dicitur actio in personam, alia jus personæ. Hoc

cujusque: et simpliciter, suum cujusque dicitur. De quo etsi dixi supra *Lib.* 2. *Cap.* 8. tamen ne quis sit error, quod illic attigi tantum breviter, divisioni illic propositæ serviens, nunc cum ad speciem ipsam ventum est, dicam paulo explicatius.

II. Et vero sic necessario accipi debet summum illud præceptum juris, suum cuique tribuere, et in definitione justitiæ illa voluntas jus suum cuique tribuendi, ut id quoque intelligatur, quod cuique debetur. *L. justitia, D. de just. et jur. Inst. eod. tit.* in pr. et §. *juris.* Alioqui cum id, quod debetur cuique, id ei maxime præstari et tribui debeat, nisi id præcepto illo summo, et definitione superiore continetur, erit aliquid in summo illo fine juris et justitiæ prætermissum. Sed non dubium est, quin ita sentiant, et loquantur veteres, ut quod debetur cuique, id etiam in eo genere habeant, quod sit suum cujusque. Unde eum, qui persequatur, quod debetur, suum persequi; qui id consequatur, suum consequi, suum recipere, ad suum pervenire, apud nostros frequenter legimus. *L.* 6. §. *apud, D. quæ in fraud. cred. L. repetitio, D. de cond. ind. L. cum duobus,* §. *idem respondit socius, D. pro soc. L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* Cic. pro Quintio: *quid? hoc quo pertineat? ut ergo ad tuum pervenias?* idest, ad id quod tibi debetur. Sequitur enim paulo post: *Quid a nobis autem C. Aquili refertur? pecuniam petit. Negamus deberi.* Et iterum, neque id rursum multo post: *inveniri ratio C. Aquili, non potest, ut ad suum quisque quam primum sine cujusquam dedecore, infamia, perniicieque perveniat?* Idem pro Cæcinna: *potuisti enim leviore actione confligere; potuisti ad tuum faciliore et commodiore judicio pervenire.* Pro quo paucis aliquot verbis interjectis, dicit jus suum persequi. Sane quod nobis debetur, id proprie nostrum non est; atque adeo præsenti statu rerum inspecto (2) nostrum dici non potest. Non enim ante fit nostrum, seu dominii et juris nostri, quam transferendi caussa a domino præstitum fuerit. Si quidem traditionibus, non nudis, idest, solis pactis dominia rerum transferuntur. *L. traditionibus, C. de pact.* Unde cum quis aurum suum omne uxori legasset: placuit id aurum quod testatori deberetur ex stipulatu, non pertinere ad uxorem; quia illius factum adhuc non esset. *L. scribit, D. de aur. et arg. legat.* Sed dum spectatur id quod jure fieri oportet, nostrum dicitur, quod ejusmodi est, ut nobis præstari debeat, quo nostrum fiat: sed tum maxime, cum est actio, qua id consequamur, ab effectu certo. Prope est enim ut videatur rem habere, qui actionem habet ad eam consequendam. *L. qui actionem, D. de reg. jur.* Atque hinc ille veterum usus de hoc verbo. Utcunque est, cum id quod debetur cuique, quodque ei præstandum est, ita sit in jure ejus, ut si minus adhuc ejus est, tamen ei tribui debeat: perspicuum est saltem ad præceptum illud juris summum pertinere, quo præcipitur jus suum, seu simpliciter suum cuique tribuendum, quando non est aliud præceptum, quod alii quidquam tribuere jubeat. Quamobrem et in quæstione ejus, quod suum cujusque est, debet omnino ad hanc cognitionem referri.

III. In hac parte hoc quæritur, quid cui debeatur; et hoc ipsum quod debetur, quomodo obtinere possimus, ut præstetur. Utrumque ut intelligatur, præstat cognitio obligationis. Id enim debet quisque, ad quod præstandum obligatus est: et obligatio omnis eam vim habet, ut præstari oporteat, quod est in obligatione. Ut proinde obligatio una sit et debendi caussa, et ejus quod debitum sit, præstandi. Unde fit, ut cum de eo quod nobis debetur, quæritur omnis ea quæstio et tractatio ad obligationis jus et cognitionem conferatur. Id an ita sit, statim ab initio definitio utriusque declarabit. Deberi id dicitur, quod jure quemque præstare oportet. Hinc debitor, cum proprie appellatur, is, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor, D. de verb. sign.* Non exigitur ab invito, nisi quod invitus etiam debeat præstare. Hinc et natura debere dictus, quem jure gentium dare oportet. *L. cum amplius,* §. 1. *D de reg. jur.* At hoc ipsum quemque præstare oportet; qui ad eam rem jure est obligatus. Hoc

quippe statum et conditionem personæ denotat; illic verba *in personam* circumstantiam, non statum significant. Sic pacta alia in rem, alia in personam. Servitutes aliæ personæ; aliæ prædii; neutrubique tamen jus personæ. Quin immo actiones præjudiciales quæ de statu et vero jure personarum, reales tamen §. *præjudiciales* 13. *I. de act.* censentur, licet Vult. *ibid.* Ac obligationes certe in bonis et patrimonio nostro sunt *L.* 49. *de V. S.* non ita jura personarum. Vid. Goed. *de Contr. stip. C.* 9. *Conclus.* 3. *num.* 14: *et seq.*

(2) *L.* 27. §. 2. *de* ... Walth. ... 114. meorum appellatione actiones contineri *L.* 91. *de V. S.* si pronomina, *meum, tuum,* etc. adjiciantur universitati bonorum *l.* 30. *ad Treb.* non si rei particulari *d. L.* 27. §. 2. *d. L.* 34. ...

vero definitio certa obligationis ostendit, tradita a Justiniano. *Tit. Institut. de obligation.* in princ.

IV. Ac enim de obligatione sermo ut dixi, futurus sit, vel hac de caussa maxime inde ordiri oportet. Sic ergo ea definitur (3) *juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.*

V. Vinculum; quia obligatione vincimur et adstringimur, ut sequitur. Translatione ducta a (4) vinculis corporalibus, et recte ducta: quia quod efficit vinculum corporale in his qui vincti sunt, id efficit jure obligatio in iis, qui sunt obligati. Qui vincti tenentur a nobis, ita tenentur, ne nobis possint effugere. Si videtur, duci et trahi possunt a nobis, quo volumus, et sequi necesse habent. Nec prius in ea potestate nostra esse desinunt, quam eo vinculo soluti fuerint. Eadem omnia in obligatione. Qui nobis obligatus est, ita tenetur vinculo et necessitate præstationis, ut non possit effugere, quin dum obstrictus est, ita teneatur. Si vere et proprie obligatus est, ita tenetur actione, ut cum eo jure agi, et ob id in jus trahi possit, cum videtur. Nec ante liberatur ea necessitate sequendi, quam obligatio soluta fuerit. *L. negantes, Cod. de oblig. et action.*

VI. Sed hoc vinculum est juris. Ut intelligamus nullum hic vinculum corporale quæri debere, quo vinciatur is, qui obligatus est. Nihil hic esse, quod cernatur, aut consistat natura. Totum *in jure* consistere, ut de rebus incorporalibus, et inter cæteras de obligatione traditur, *Tit. Instit. de reb. corpor. et incorpor.* In jure ideo, quia cum non sit hic ullum vinculum re vera, jure tamen constituitur, jure perinde habetur, quasi esset. Neque id otiose, ne quis hic inanem juris fictionem cogitet; sed eo effectu constituto, qui plane futurus esset, si vere hic esset vinculum, quo quis obstringeretur. Effectus is, qui sequitur.

VII. Obligatione obstringimur necessitate alicujus rei solvendæ. Id est, sic obstringimur, ut necesse habeamus quid præstare. Id ipsum quod prius diximus nos debere, seu debere præstare. Nihil vero hoc amplius efficeret verum vinculum, ac fortasse ne id quidem. Interim sic definitur hic obligatio, ut semper adjunctam habeat necessitatem præstationis. Quo loco quæsitum est, satisne recte definiatur isto modo. Movet, quod non ea solum obligatio est, ex qua quod debetur, exigi potest ab invito actione in eam rem constituta, quæ vere istam necessitatem præstandi imponit, sed et naturalis quædam obligatio est, quædam solum civilis. De quibus postea in divisione obligationis. Quarum tamen ex utraque nulla videtur necessitas esse præstandi. Nam ex naturali nulla est actio, qua quis ad præstandum cogi possit. *L. naturales, D. de obl. et act.* Civilis obligatio actionem habet, sed jure prætorio inutilem, ut quæ exceptione infirmetur. § *præterea, Instit. de exc.* quod perinde est, ac si hic nulla esset actio. *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Aut igitur volumus has obligationes definitione comprehendi, aut non comprehendi. Si comprehendi, falsa est definitio, quæ statuit ex omni obligatione adstringi nos necessitate præstandi; si non comprehendi, manca: quæ eas species omisit, quæ definiti verbo continentur. Sed recte defendetur omnem obligationem necessitatem in se habere alicujus rei præstandæ, et quæ non habet, hanc obligationem non esse: ut nihil hic amplius contineat definitum, quam definitio, et contra. neque eo minus vera sit definitio.

VIII. Quod ut intelligatur, sciendum est obligationem et proprie dici, et paulo generalius etiam per (5) abusionem. Proprie

(3) Obligationis vox etiam metaphorice in jure sumitur. Nam obligari dicitur vulnus a chirurgo, arbor ab agricola, a judicis statore deprehensus facinorosus. Egy. Baro *Lib.* 1. *de divid. et indiv. obl. C.* 4.

(4) Ita et Gœd. *ad L.* 47. *de V. S. n.* 1. et *de Contr. stip. in Prolog. n.* 2. Unde versus glossæ vulgatus:

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.

Cui similem ex Euripide adducit Raineld. Corns. 2. *indag.* 16.

Πᾶν ἐξαιρεῖ λόγος, ὁ καὶ σίδηρος πολεμίων δράσειεν ἄν.

Cuncta sermo conficit, quæcunque ferrum efficere potest hostium. Atque hinc obligatus dicitur adstrictus, obstrictus, illigatus, alligatus vid. P. Fab. *ad L.* 35 *de R. J.* Vinculum vero potius quam vinctio dicitur, ut non actus obligandi significetur, sed æquum quiddam perpetuo durans, dum ab eo nexu absolvamur. Baro *Lib.* 1. *de div. obl. C.* 4.

(5) Ita et Duar. *de O. et A. C.* 1. *per L.* 16. §. 4. *de fidejc.* Baro *Lib.* 1. *de div. et indiv. oblig. C.* 4. *et aa pr. I. h.* 1. Cujac. 9. *ad Afr. in L. frater a fratre* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 19. Et Vacon. 1. *declar.* 31. *n.* 18. solam civilem obligationem definiri probat ex verbis *secundum nostræ civitatis jura.* Jura enim ait Romanorum civilia non habent vim extra Romanam jurisdi-

eam, cujus nomine aliqua actio competit: minus proprie eam, ex qua ita quid debetur, ut tamen peti non possit, aut non possit utiliter; in quo numero est naturalis illa, et civilis sola obligatio. *L. fidejussor* 16. §. *fidejussor, D. de fidejussor.* Utrumvis ex his sequamur, non deest defensio superior. Si obligationem proprie hic accipi volumus, vera est et justa definitio sine controversia. Est enim ea obligatio omnis vinculum, quo propter actionem adjunctam obstringimur necessitate rei præstandæ. Et ut omnis, ita sola; ut hoc sensu nulla sit species obligationis, quæ hac definitione non comprehendatur; etiam si quis concesserit nullam aliam obligationem in se habere necessitatem præstationis.

IX. Nihil ad rem pertinet, quod non comprehenduntur naturalis illa, et civilis sola obligatio, quarum nomine nulla est actio utilis. Nam ne hæ quidem proprie sunt obligationes, ut dixi: ut si quis eas eximit definitione, simul etiam eximere eum oporteat definito. Et ut alibi forte repudiari posset hæc defensio: certe apud Justinianum quo loco ab illo superior definitio traditur, hæc defensio est necessaria. Sensit enim ille solum de ea obligatione, quæ actionem parit: quo in genere naturalem, et civilem solam haberi non oportet. Id sequentia evidenter arguunt in *d. Tit. de obl.* Nam quam obligationem initio definierat, eam statim dividit in civilem et prætoriam. Civilis autem est quæ jure civili; prætoria quæ jure prætorio actionem parit. Idem continenter eamdem illam obligationem, quam posuerat, nasci ait ex his quatuor caussis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. At ex his omnibus caussis actiones jure nascuntur, ut in singulis his generibus, et in singulis horum generum partibus deinceps ab eodem Justiniano declaratur. Quare non est dubitandum, quin ut ex proprietate verbi, sic ex instituto et sententia Justiniani recte definiatur obligatio solum id vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei præstandæ: etiamsi hanc necessitatem proprie sic acceperimus, ut sit ejus, qui ultro actione et judicio cogatur quid præstare.

X. Sed etsi generalius placet omnem obligationem hic accipi etiam eam, quæ per abusionem ita dicitur, ut naturalem illam, et civilem solam, quas dixi: tamen et hoc recte defendetur, ne sic quidem mancam esse aut falsam definitionem. Sed et istas, ut definiti verbo, sic et verbo definitionis, nec falso contineri. Sunt hæ obligationes, ac non dicuntur tantum. Sunt et vincula, quibus adstringimur necessitate aliquid præstandi, qua parte etiam illis definitio congruit. Non habent plenam necessitatem præstationis adjunctam per omnia: quin illis deest præcipuum vinculum hujus necessitatis, actio. Non eo minus tamen eas suo modo necessitatem hanc præstationis in se habere verum est. Nam et obligatio naturalis consequitur sæpe adversus invitum quod sibi debetur; alias per retentionem rei debitæ, alias per compensationem, alias per fidejussores aut pignora, quæ ei obligationi accesserint, ut in effectis hujus obligationis dicetur suo loco. Sed et civilis illa, quæ civilis sola est, etiam actionem habet ad exigendum, quod debetur, et quidem efficacem, ut diserte scriptum est in *d. §. præterea, Inst. de exc.* Additur quidem ibidem continuo, hanc actionem exceptione removeri: quo significatur jure quidem civili summo efficacem esse: at jure prætorio, quo exceptio comparata est, id est, exitu, constitui inutilem. Sed cum ita sit inutilis, si exceptio opponatur: vel hoc ipsum declarat actionem esse efficacem, si exceptio non opponetur. In quo est illa necessitas præstationis. Ac ne dubitemus hanc necessitatem illis tribuere, hanc ipsam illis veteres non obscure tribuunt. Nam in *L. cum amplius.* §. 1. *D. de reg. jur.* ita scriptum est: *is natura debet, quem jure gentium dare oportet.* De naturali obligatione hoc scriptum esse apparet. Natura enim debere, et natura seu jure naturali obligari, idem valent. *L. quod pupillus. D. de cond. ind.* juncta. *L. pupillus. D. de obl. et act.* Quid est autem dare oportere, nisi necesse habere quid præ-

ctionem. Naturalis autem obligatio effectum habet apud omnes gentes. Sed Hopp. *Lib.* ϖιθανῶν *ad tit. I. de oblig. pag.* 3. omnium obligationum unam eamdemque naturam esse, quatenus obligationis nomine continentur. Et Vult. *ad pr. I. h. tit. n.* 21. hoc simpliciter acceptum falso dici, κατά τι et collata obligatione naturali ad naturalem et civilem simul, vere. Quia alia quæstio substantiæ a quæstione qualitatis. Nec quod minores naturales vires, id proprietatem concernit, nec majoris minorisve ratio genus aut speciem mutat. Nec placet doctrina Connan. 2. Comm. 3. n. 2. naturalem obligationem natura verbi attenta non recte ita nominari, cum sit doctori ac magistro similior quam judici; ac invitet, hortetur, moneat, non compellat vel exigat. Nullum ipsius jus vinculum, necessitatem, sed in facto tantum positam esse.

stare? De civili autem obligatione sola jam dixi diserte scriptum esse in *d. §. præterea, Inst. de except.* ex hac obligatione actionem esse, quæ sit efficax: tantum illi obstare exceptionem. Quod quidem ita accipiendum est, si exceptio in lite contestanda opponatur. *L. si quidem. L. præscriptionem, C. de except.* Non offendemur eo, quod dicitur verba cum effectu esse accipienda. *L. 1. D. quod quis. jur. L. pen. §. 1. D. ne quis eum qui in jus voc. est, vi exim.* Nam et obligatio naturalis, et illa ipsa quæ solum civilis est, suos effectus habent, ut dixi, ad eam necessitatem imponendam, quam in obligatione quærimus. De quo plura in ipsis generibus. Quare utro modo ex istis obligationem accipi placet, recta est et definito optime conveniens definitio. Tantum monendi sumus, priorem significationem, quæ ex verbi proprietate est, convenire iis, qui quærunt eam obligationem, ex qua actio nascitur, ut fecit Justinianus in *Institutionibus*: posteriorem iis, qui quærunt in universum, qui nobis quoque jure debeatur.

XI. Est autem quod debeatur non tantum ex vera illa et efficaci obligatione, quæ actionem parit: sed etiam ex naturali sola, et civili sola. Quod quia ad jus cujusque non minus pertinet, nobis propositum esse debet, et de eo in hac parte quærere. Quamobrem et instituto servientes posteriore ista significatione obligationis verbo utemur, et ad eam quidquid est istius necessitatis in definitione referemus.

XII. *Alicujus rei solvendæ.* Solvere est præstare, non quidvis, sed quod debeas: ut insit in hoc verbo et præstatio et præstatio rei debitæ. Indicat illa sententia juris, Solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Instit. quib. mod. tol. ob.* in princ. Solvere proprie est aut expedire ipsum vinculum; unde soluta et dissoluta obligatio quæ sublata est; aut liberare vinculo id quod adstrictum erat: ut semper in eo quod solvitur, vinculum esse oporteat. Et quidem hac ratione etiam persona obligati cum liberatur, recte solvi dicitur. *L. decem, D. de verb. oblig.* At quomodo solvi res, quæ præstatur; cum in persona obligati vinculum fuerit, quo ille obstringebatur; in re non fuerit? Solum enim tunc obligatur res, cum pignori aut hypothecæ subjicitur. *L. res, 5. D. de pignor.* Sed de eo dicetur opportunius in solutionibus: ubi de vi et potestate hujus verbi proprie cognoscendi locus est. Nunc satis est tenere, in usu juris dici rem solvi, cum debita præstatur. *L. solutam, 49. D. de solut. L. si rem, §. omnis*, et seqq. *D. de pignor. action. L. 4. §. ult. D. de re judic.*

XIII. *Alicujus rei.* Res a factis interdum distinguitur: ut cum dicitur, in stipulatum deduci posse non solum res, sed etiam facta. *§. ult. Instit. de verb. oblig.* ubi rerum verbo intelligimus res per se consistentes, sive natura ut corporales, sive jure ut incorporales, et eas quas ex obligatione dari oporteat: facta autem quidquid præter dominii translationem fieri debeat. Unde eadem sententia stipulationem dictæ consistere, partim in dando, partim in faciendo. *L. 2.* in princ. *D. de verb. oblig.* Non sic hoc loco rei verbum accipiendum, ut bene Accursius monet: sed generaliter ita, ut superius utrumque contineat: intelligaturque obligatio eam necessitatem habere, ut sive quid ex obligatione dandum est, detur; sive quid faciendum, ita præstetur et fiat. Hoc exigit verbum rei, quod cum per se ponitur, generale est. *L. 1. D. si certum pet.* Exigit et obligationis natura, quæ cum sit, ut dixi, aut in dando aut in faciendo, et generaliter in aliquo præstando, ut est in *L. 3. D. de oblig. et act.* id ipsum ad necessitatem obligationis postulat, ut utrumque præstetur.

XIV. *Secundum nostræ civitatis jura.* Theophilus hæc verba retulit ad proximum verbum solvendæ, tanquam addita hujus solutionis temperandæ caussa. Ut sit sententia obligationem esse vinculum, quo adstringimur necessitate alicujus rei solvendæ; non tamen quovis modo solvendæ, sed solvendæ recte, et secundum nostræ civitatis jura; ut scilicet qui solvit, ea solutione liberetur. Adjectum ideo, ut ille scribit, quia non omnis præstatio rei debitæ solventem liberat; ut est solutio eorum, quæ vel pupillo solvuntur, vel pupillus ipse solvit sine tutoris auctoritate. *§. nunc ad monendi, §. at ex contrario. Instit. quib. al. lic. vel non.* Idem sensit Accursius in postrema interpretatione, quam ad explicationem horum verborum retulit. Sed diligenter cavenda est hæc interpretatio; ex qua non tantum adjectio supervacua, sed et sententia ipsa definitionis falsa efficitur. Adjectio fit supervacua, quia qui dixit alicujus rei solvendæ, satis dixit quo intelligatur, rei recte et secundum jus solvendæ, ut non necesse sit hæc eadem quasi prius non expressa adjicere. Id enim solum dicitur solutum, quod recte et jure solutum est. Ut condemnatus, qui rite condemnatus est. *L. 4. §. condemnatum, D. de re judic.* Cautum vel satisdatum, quod recte nec vitiose cautum, satisdatum est. *L. quoties, D. qui satisd. cog.* Omnia ideo, quia

quod vitiose et non jure fit, nec factum videtur. *d. L. quoties, L. non dubium, C. de legib.* Sed in primis animadvertendum est ex hac interpretatione sententiam induci falsam, et naturæ obligationis plane contrariam. Nam qui dicit obligationem habere necessitatem rei solvendæ, et id ita temperat, dum res secundum jus solvatur, et liberatio nascatur; is hoc dicit, si quis solvendo non liberetur, eum obligatum non esse, seu in eo non esse obligationem. Quod aperte falsum est; ac ne hoc quidem Theophilus, si aperte rogatus esset, unquam diceret. Nec alio exemplo magis declaratur, quam pupilli solventis, aut ejus qui solvit pupillo. Est istorum solutio inutilis. Sed non ideo minus obstringuntur etiamnunc necessitate ejus rei quam debuerant solvendæ. Immo ideo obligantur, quia præstatione non sunt liberati. Denique ita res habet: Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, sive solutione liberemur, sive non liberemur. Immo tunc maxime, cum non liberamur: quia nobis non liberatis necesse est semper manere obligationem, quæ alioqui solutione justa interveniente tollitur.

XV. Quid ergo est? Referri debet adjectio ad verbum præcipuum, quod orationem regit in hac definitione; vel potius ad totum illud complexum, quo adstringimur necessitate; ut sit hic contextus, quo adstringimur necessitate alicujus rei solvendæ, adstringimur autem ea necessitate secundum nostræ civitatis jura. Temperamentum adjectum duarum rerum explicandarum gratia: primum ut declaretur quam adstrictionem, et quibus ex caussis intelligi velit; deinde qualem et quantam hanc necessitatem, ad hanc sententiam utrumque. Obligatio est juris vinculum, quo adstringimur necessitate alicujus rei solvendæ: sed adstringimur, non quibuslibet modis, non ut cuique visum est, non ut quis quid vi, aut turpiter promisit; sed ut sunt adstringendi caussæ secundum nostræ civitatis jura. Rursum obligatione adstringimur necessitate. Sed non quavis, verum ea (6) quæ est secundum nostræ civitatis jura. Aliam enim necessitatem præstationis habet jure gentium naturalis obligatio, aliam jure civili civilis. Atque hæc sunt jura duo civitatis nostræ. Nam populus Romanus partim communi omnium hominum jure, id est, jure gentium, partim suo proprio utitur, quod vocatur jus civile. *L. omnes, D. de justit. et jur.* §. 1. *Instit. de jur. nat. gen. et civil.* Sed et civilis obligatio quæ plenam præstandæ rei necessitatem habere putatur, non tamen habet quamlibet. Duplex est enim necessitas præstationis; vel ut vi quid extorqueatur, *L.* 1. *D. quod met. caus.* vel ut auferatur judicio. Nam et judicio præstare cogimur. *L. negantes, C. de oblig. et act.* Vis omni jure interdicta, et pœna constituta adversus eos, qui quovis modo invito adversario in re sua aut sibi debita jus sibi dixerunt. Solum altera rogendi ratio secundum jus, ut quis quod sibi debetur per judicem reposcat. *L. exstat, D. quod met. caus. d. L. negantes, C. de obligat. et act.* Quare hæc sola hoc loco relinqui intelligenda est. Definitione obligationis cognita, jam illud, puto, certo intelligitur verum esse, quod supra posui, deberi id, ad quod præstandum quis obligatus est. Obligatum autem esse eum, qui jure tanquam vinculo adstrictus est necessitate ejus præstandi. Ita et debendi caussam, et necessitatem præstandi ejus, quod debeatur, ex obligatione peti oportere.

(6) Joach. Hopper. *Lib.* 1. *πιθανῶν pag.* 4. *et seq.* significari his verbis civilem approbationem. Obligatio per se quidem vinculum; at eam adstrictionem pro nostro arbitratu exercere non possumus, sed juxta præscripta legum, quæ in quibusdam caussis dant condictionem, in quibusdam retentionem et compensationem.

CAP. II.

Summa argumenti de obligationibus. Obligationum genera; et de naturali obligatione, quæ sit: quibus ex caussis oriatur, et inter quas personas: quos habeat effectus: quomodo dissolvatur.

I. Postquam ergo in hac parte hoc quæritur, qui nobis debeatur, et hoc quod debetur, quomodo obtineri possit, utrumque autem ex jure obligationis sumendum est: restat, ut ad eam rem de obligationis jure cognoscatur. Id ut præstet obligatio, tribus in rebus positum est. Primum ut sit constituta aliqua obligatio. Tum ut norimus, quid constituta contineat, quamve necessitatem præstationis in se habeat. Postremo ne longius producamus obligationem, quam ejus natura patitur, videamus finiaturne quandoque obligatio; et si finitur, quibus modis finiatur. An sit aliqua obligatio, ex suis caussis dignoscitur. Quid contineat, quamque præstationem habeat, quæstio est de potestate et effectu obligationis. Tertium ad interitum et dissolutionem ejus pertinet. Ita fit in summa, ut omnis de obligatione quæstio ad id, de quo quæritur, accommodata, tribus his rebus contineatur, ortu, effectu, interitu obligationis. Qui totidem loci sunt communes incurrentes in omnem partem juris nostri, id est, ejus quod usquam nostrum est, ut quæretur quomodo quid acquiratur nobis; quæsitum quale sit, et quomodo nobis conservetur, seu obtineatur: ad extremum quomodo tollatur, amittatur: ut aliquoties jam ante in aliis partibus monuimus auctore Ulpiano in *L. ult. D. de legib.* Hæc in obligatione non uno et eodem modo continentur, sed ita sunt, ut est genus et conditio obligationis.

II. Obligationum tria sunt genera, Naturalis, Civilis nuda, et quæ utramque continet Civilis. Aut si malumus rei magis explicandæ caussa, Civilis sine re: et Civilis cum re et effectu, ut Ulpianus loquitur de bonorum possessionibus in *fragmentis Institutionum, Tit. de bon. possess.* in fin. Naturalem et civilem obligationem ut genera diversa sæpe legimus apud nostros, et quidem eodem loco: ut *L. fidejussor. obligari.* 16. §. *fidejussor. D. de fidejussor. L.* 1. *D. de novat. L. servi, D. de obl. et act.* Sed ita in his locis, ut in his civilis obligatio auctoribus dicatur civilis efficax, ut ex ipsis locis patebit: ut proinde videri possint ab illis duo hæc tantum statui. Verum quod ex aliis locis constat, statuitur a veteribus et ge-

nustertium, nempe civilis obligatio ea, quam civilem nudam et sine re vocamus: ubi obligatio jure civili contrahitur, et actionem parit, sed eam, quæ jure prætorio per exceptionem infirmetur. Hoc quidem diserte in §. *præterea*, *Inst. de except.* et *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Sunt ergo hæc genera tria, ut nominibus, ita vi et effectu inter se distincta. De quibus si cui divisionem subtilius, et ex legibus recte disserendi artis institui placet, licet ita partiri, ut genera summa duo inter se opposita hic statuantur: quorum unum deinde in alia duo subjecta dividatur, atque ita nobis instituatur divisio. Obligationum (1) alia Imperfecta, alia Perfecta. Imperfectam voco, cui ad plenam rei solvendæ necessitatem aliquid deest; puta actio, aut efficacitas actionis. Perfectam, cui ad omnem præstationis necessitatem nihil deest: quæ proprie et absolute dicitur Civilis. Imperfecta duplex: Naturalis tantum, et Civilis nuda. Quæ cum genera sint duo inferiora, minus recte cum superiore illo æqualiter conjunguntur. Sed tamen si quis hic numerum generum, non dispositionem consideret, semper recte dicturus sit, inesse hic genera illa tria, quæ supra posui. De quibus deinceps ordine dicatur.

III. Naturalis obligatio est, æquitatis et naturæ, seu juris gentium vinculum, quo ita adstringimur necessitate alicujus rei solvendæ, ut tamen nulla sit eo nomine actio jure civili. Æquitatis(2) vinculum vocat Papinianus in *L. Stichum*, 95. §. *naturalis*, *D. de sol.* Merito, quia est a natura, seu a jure naturali: unde et nomen. Quidquid autem ex jure naturali, id semper æquum et bonum. *L. pen. D. de just. et jur.* Ergo et vinculum (3) juris gentium. Quo et ipso jure dicitur debere dari, quod natura debetur, *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. jur.* Et hoc recte; quia id vere naturale jus est, quod naturali ratione inter homines constitutum apud omnes peræque gentes servatur. Id autem est, quod etiam dicitur jus gentium. *L. omnes. D. de just. et jur.* ut appareat idem esse jus gentium, quod naturale, et quod naturale, idem et gentium. Hæc quidem isto modo pro eodem usurpantur in §. *singulorum*, *Instit. de rer. div.* item in §. 1. *Inst. eod.* juncta *L.* 1. *D. de acq. rer. dom.* necessitatis rei præstandæ ex hac obligatione satis indicatur, cum dicitur is natura debere, quem jure gentium dare oportet. *d. L. cum amplius*, §. 1. *de reg. jur.* Nam ut supra attigi, verbum *oportere* necessitatem habet, et oportet eum dare, non cui dare liberum est, sed qui dare cogitur, et qui cogitur, necesse habet dare. Ex hac tamen obligatione ita necesse est quid præstare, ut

(1) Eodem sensu Vult *in pr. l. h. t. n.* 16. et in § 1. *n.* 4. aliam simplicem facit, aliam mistam. Cujac. 9. *ad Afric. in L. frater a fratre* duo genera ponit, naturalem et civilem. Bodin. *distrib. jur. univ. pag.* 36. qui triplicem facit: naturalem tantum Jurisgentium, et non naturalem; naturalem et jurisgentium; civilem tantum. Incommode.

(2) Hæc ut simplicissima ita verissima videtur descriptio. Recteque mihi sentire semper visi sunt qui fundum hujus obligationis, solam æquitatem esse prodidere; et cum quæritur an naturalis sit obligatio, nihil aliud spectandum quam naturalem æquitatem, an æquum sit præstari, Duar. *de O. et A. C.* 2. *d. Cond. ind. C.* 6. *f.* 908. *Char.* 1. *verisi.* 19. *par d. L.* 95 §. 4 *et L.* 11. §. 2. *de pec.* Æquitas vero illa non tantum in fidei contractibus servanda, sed et alterius præstationis; ut ex caussa pietatis, beneficii accepti, etc. Contra nec conventio omnis parit obligationem naturalem, (in quo graviter vulgo DD. labuntur ex consenso fere hanc obligationem metientes Vasq. 1. *ill. Contr.* 19. *n.* 19.) sed si æquitate non deficiatur, vid. *N.* 7. Æquitatem autem naturalem requiro, non simplicem instinctum naturæ Unde licet bruta sobolem suam alant, foveant, educent, licet feræ etiam bestiæ beneficiorum memores probentur, nec tamen illis obligationem naturalem, cum Zas. *ad L.* 3. *de I. et I. n.* 30. Barone *ad L.* 1. *d. t. et ad L.* 7. §. 4. *de pact.* tribuendam censeo. Cumque una sit ac simplex æquitas naturalis, unicam quoque naturalem obligationem statuo. Nec vel Bodino assentior qui triplicem facit, ut vid. *N.* 1. vel iis qui duplicem, aliam juris gentium primævi, aliam secundarii, ut Dec. et Cagnol. *in l.* 22. *de R. I.* quos refellit Vasq. *d. loc.* Nec cum Cujac. *ad L.* 32. *de R. I.* distinguo inter obligationem naturalem quæ et servis conveniat et juris gentium quæ non æque. Nec cum Zasio *d. loc.* inter eam quæ in puris naturalibus maneat, ac ex simplici naturæ instinctu proficiscatur ac communis etiam bestiis et aliam adstrictiorem quæ plus vinculi habeat ad civilia, uti quæ ex nudis pactis oritur. Nec cum Coras. 6. *Misc.* 22. *n* 4. et A. Fab. 8. *Conj.* 5. inter naturalem; qua factum ipsum solum, et promissionis seu numerationis veritas spectetur et juris naturalis. Nec cum aliis aliter divido aut distinguo.

(3) P. Fab. *ad d. L.* 84. nullam esse naturalem obligationem quæ non sit juris gentium; et e contrario. Vacon. 1. *Declar.* 17. vult obligationem naturalem esse juris naturalis hominum) quod alii jus gentium primævum) quia est, ut ait, vinculum æquitatis, quo a natura homo ad proprium objectum, finemque perducitur: et bonum quoddam, ad quod observandum sponte sua voluntas impellitur. Dicitur et alio sensu mutua obligatio naturalis *L.* 126. § 2. *de V. O. L.* 59. *ad Treb.* quæ naturali seu reali traditione ac facto contrahitur. Gifan. *ad L.* 14. *de O. et A. n.* 11.

intelligatur necessitas (4) cum adjectione, seu consequentiæ, ut vulgo vocant, si velit quis æquitati satisfacere, quod virum bonum decet, nec turpitudinem contrarii facti in se suscipere. Hactenus enim hæc necessitas, ut si quis quod natura debet, nolit præstare, nulla sit eo nomine actio jure civili, qua cogatur. Quæ pars altera est definitionis. Et hinc scilicet naturalis tantum dicta, quia non est civilis. Hoc in *L.* (5) *naturales, D. de obl. et act. d. L. fidejussor.* 16. *§. fidejussor, D. de fidejuss.* Neque tamen hæc obligatio inanis, aut otiosa. Habet enim et ipsa ad rem debitam obtinendam suos quosdam effectus multos et insignes: quos suo ordine mox subjiciemus. Prius nobis ipsa obligatio constituatur. Sic deinde de vi et potestate constituta cognoscamus.

IV. Ubi sit hæc obligatio, atque hoc vinculum naturæ, ex caussa et origine æstimandum est. Etsi enim ex effectis etiam agnoscitur, atque adeo indicatur nonnullis locis a veteribus, ut cum dicitur naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua earum nomine competit, sed etiam si soluta pecunia repeti non potest. *d. L. naturales, D. de obl. et act. d. L. fidejussor, §. fidejussor, de fidejus.* Tamen hoc tum recte fit, cum jam constat constitutam esse obligationem. De constituenda autem hac obligatione, et an aliqua constituta sit hujusmodi, quærentibus, non potest de eo responderi ex effectis nisi præpostere. Prius enim obligationem esse oportet. Sic deinde quæri, quem effectum habeat, ne ante de conditione et jure rei quæratur, quam rem esse constiterit. Porro ut sit hæc obligatio (6) caussis efficitur, non obligationis effectu.

V. Obligationem naturalem aut caussa sola facit, aut caussa simul et contrahentis persona: tempus civili obligationi in re contrahenda legandave adjectum, nequaquam. Caussa, cum ea caussa est, quæ in quascumque personas inciderit, jure civili actionem non parit; parit tamen obligationem. Hujus generis caussæ tres; nuda pactio, manumissio liberti in operis officialibus, pietatis caussa in dote.

VI. Nuda pactio quid sit, dicetur postea suo loco in contractibus. Nunc quod ad hunc locum satis sit, hoc dicimus, nudam pactionem non parere obligationem. Sic enim scriptum est in *L. juris gentium, §. sed*

(4) Imo absoluta et vera necessitas, seu secundum materiam subjectam. Vult. *in pr. J. h. t. n.* 25. non quidem violenta, nec etiam civilis, sed naturalis ipsius juris naturæ et æquitatis hominum animis inditæ et cordibus inscriptæ. Rom. 2. *v.* 15.

(5) Immo dictæ leges contrarium probant. Dicuntur enim naturales obligationes æstimari, si actio competit. Resp. Vacon. 1. *Decl.* 21. *n.* 17. *et seqq.* sic distinguit; aut quæritur, utrum eo tempore, quo vivebatur solo jure naturæ, nec erat adhuc jus gentium, actio judicialis data, et negatoria responsio est, quia nec magistratus erant nec judices. Aut an invento jure gentium ac conditis civitatibus competat exinde actio, atque id affirmatur per *d. L.* 10. *de O. et A.* et *L.* 84. §. 1. *de R. I. v. oportet.* Opinio erronea, ac tum a mente Jurisconsultorum qui ad tempus illud non respexerunt, tum a juris ratione et vero, quia sic naturalis obligatio æquiparatur civili, aliena. Quidam volunt *dd. locis.* obligationem naturalem duplicem innui. Civilem ex qua actio, et puram ex qua retentio, (quomodo fere Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *n.* 5.) Quod displicet Hotom. 3. *Obs.* 2. quia abhorreat a Latina Ulpiani ratione, et a bipartita distributione *d. L.* 16. §. 3. *de fidej.* Quare Hotom. negatione adjecta legit, *non competit* et Goth. in not. *d. L.* 10. voculam *solo* transponit et locat post vocem *eorum*, deleta vocula *etiam.* Sed uterque sententiam pervertit. Quæ ex Hotomana emendatione inconcinna ac dubio carens, ex Gothofredi vero falsa, cum solum ut unicum effectum obligationis naturalis faciat, soluti retentionem. Probabilius Vel. Guil. Forst. *Tr. de Pact. C.* 8. *pag.* 205. *et seq.* duas notas discernendarum obligationum naturalium a civilibus tradi, in *d. L.* 10. *et d. L.* 16. §. 4. 1.° Si competit actio, quod tum sint civiles. 2.° Si soluti retentio, quod tum sint naturales. Quia tamen non apprime convenit vocula *eorum*, malo cum Gifan. *ib. n.* 3. priorem notam accipere de certis casibus quibus ex obligatione naturali actio, ut quando pupillus locupletior effectus, etc. vid. infra N. 15.

(6) Caussas seu modos inducendæ obligationis naturalis, sic mihi aliquando visum est comprehendere. Oritur naturalis obligatio vel ex conventione, vel citra eam. Ex conventione, quoties ei non omnimodo Lex assistit ut civilem obligationem pariat. Et vel ex defectu caussæ seu negocii in pactis nudis, vel ex qualitate, seu impedimento personæ. Quod aut ab ætate est, ubi consensus imperfectior in pupillo infante majore; aut a potestate, eaque dominica, quæ facit ne servi unquam civiliter obligentur vel obligent; vel patria, ubi fictio unionis impedit obligationem civilem inter patrem et filium fratresque in ejusdem sacris, non autem impedit inter filiumfamilias et extraneum, excepta caussa mutui. Extra conventionem oritur vel ex facto aliquo præcedente, quo tamen non omnino id agitur ut pro eo aliquid certum præstetur. Cujusmodi est beneficii acceptio, ejusque species Manumissio; vel citra illud ex Pietate, ut obligatio ad alimenta et dotem.

cum nulla, D. de pact. sed hoc sensu, ut non pariat eam, quæ proprie ita dicitur; eam scilicet, quæ jure actionem parit. Cæterum ejus pactionis hanc vim esse, ut pariat obligationem naturalem. De quo quia nonnulli dubitant, et hi quidem viri doctissimi, atque adeo aperte contra sentiunt, demus operam, ut prius id nobis confirmetur. Ac tum de objectione superioris loci, quem illi urgent, postea viderimus. Ita est, inquam. Parit nuda pactio obligationem naturalem, et hoc est: quisquis pacto nudo (7) promisit quid alicui se præstaturum; is natura debet, et ei cui pactus est, jure gentium obligatur, etsi non item jure civili. Exemplo sunt usuræ. Hæ citra stipulationem quamvis pacto promissæ, jure civili non debentur. *L.* 3. *C. de usur.* Qua ratione in *L.* 5. *§. Imperator, D. de sol.* et quæ pacto promissæ sunt, dicuntur indebitæ. Ibidem tamen dicuntur hæ ipsæ ex pacto naturaliter deberi. Et ne dubitemus naturalem obligationem illic intelligi cum effectu, et qualem nunc dicimus; adjicitur in extremo, ex pacti conventione datus repeti non posse. Quod certum indicium est naturalis obligationis. *d. L. naturales, de obl. et act.* Nec minus certum est hujus sententiæ argumentum in his ipsis usuris pacto promissis, quod placuit etiam in eam caussam pignus obligari posse. *L. per retentionem, L. pignorib. C. de usur.* Constat enim pignus accedere non posse nisi obligationi; si non civili, at certe naturali. *L.* 5. *D. de pign.* Fatemur in hoc pacto usurarum non inesse obligationem civilem. Ex quo relinquitur, ut sit naturalis. Hoc si in usuris re alioqui odiosa placet: multo magis in rebus cæteris omnibus pacto promissis, recipiendum est.

VII. Dissentiunt tamen (8) Eguinarius Baro, et Franciscus Connanus moti illis verbis Ulpiani, quæ supra retulimus ex *L. jurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact.* Igitur nuda pactio, inquit, obligationem non parit, sed parit exceptionem. Obligationem dixit generaliter. Quo probari volunt (9) omnem obligationis speciem appellatione ejus generis contineri, quæ species superioribus verbis excludatur. *arg. in L. si servitus, D. de serv. urb. præd.* proinde et

(7) Duar. *de Cond. ind. C.* 6. *et de O. et A. C.* 2. per verba *L.* 84. *§.* 1. *de R. J.* cujus fidem secuti sumus. Cujac. *ad L.* 1. *de Pact.* Bocer. *ad L.* 23. *de R. J. C.* 1. *n.* 5. Forst. *de pact. C.* 8. *pag.* 208. *et seqq.* Quod tamen intellige de pacto justo. Lopez. *anim. C.* 8. *n.* 11. Recte namque Char. 1. *veris.* 19. Naturalis ratio omnem etiam temere effutitam conventionem non probat, sed ad æquitatis normam exigit. Certe ex quavis levi et indeliberata promissione quemvis obstringi nec natura æquum videtur. Quid enim si quis ex civilitate dicat: sum tibi ad obsequia paratus. Omnia quæ habeo tua sunt. Vid. Vasq. 1. *Ill.* 10. *n.* 20. Quanquam hic forte dici possit nec conventionem veram adesse, etsi alter accipiat, cum sola verba non obligent, sed mens illis expressa. Sane cum injusto pacto non tollatur obligatio naturalis *L.* 95. *§.* 4. *de sol.* nec eodem constituitur, per *L.* 35. *de R. J.* Cæterum huc refert Jerem. Setser *Lib.* 2. *de Juram. C.* 1. *n.* 2. juramentum, scribens ex illo quoque obligationem naturalem oriri, quia vim pacti habent. *L.* 35. *§.* 1. *L. ult. de Jurejur.* Sed varius est si juramentum sit judiciale vel voluntarium, consensum utriusque partis de re controversa habens, nasci obligationem civilem. Sin promissorium per se non parit obligationem, sed pactio illa cui firmandæ adjicitur.

(8) Connan. 5. *comm.* 1. Baro *in L.* 1. *§.* 2 *de V. O.* in verbis, *nec naturaliter obligatur* per ea verba, et ad *princ.* 1. *Quib. mod. re Contr.* et ad *L.* 7. *§.* 4. *de pact.* ubi tamen admittit obligationem naturalem descendentem ex jure naturali, quod semper bonum ac æquum, oriri ex pacto, sed eam jure gentium effectum non habere ad soluti retentionem, nec compensationem parere. *et Lib.* 3. *de divid. et individ. Obl. C.* 11. quia in legibus quæ de obligatione naturali, nusquam pacti nudi mentio sit, sed exemplum adducatur servi deportati, pupilli, etc. His nove accessit. Gifan. *ad L.* 14. *de O. et A. n.* 26. argumentis his et maxime infirmis. 1.° Quia nulla lege id probetur, (quod falsum.) 2.° Ut nudo consensu obligatio oriatur in certis negociis, receptum *L.* 1. *de Rer. permut.* (Sed loquitur de obligatione civili.) 3.° Quia ad obligationem naturalem requiratur caussa civilis, per *L.* 49. *§. ult. de pecul.* (cujus longe alius sensus, vid. Goth. ibid.) 4.° Quia in Tit. D. et C. *de pactis* inter effectus pactorum hæc non recensetur, quæ tamen esset præcipuus effectus et major quam exceptio. (Ad quod parata est Resp. ex iis quæ hic noster.)

(9) *Ita et* A. Fab. *in rational. ad d. §.* 4. Forst. *de pact. C.* 8. *pag.* 216. Dissentit etiam Charond. 1. *verisim.* 19. putans verba illa *d. §.* 4. excludere omnem obligationem. Si quam obligationem naturalem ex pacto nudo æquitas producit, illam non ex ipso pacto, sed ex æquitate nasci. Quæ non placent. Æquitas quidem sola sustentat obligationem naturalem, vid. supra N. 2. plures tamen inque diversi ejus inducendæ modi, inter quos et pactum. Sic obligatio civilis est vinculum juris, et jure ac legibus roboratur: recte tamen ex contractibus oriri dicitur. Quod si Charondæ opinio vera; pari ratione dicendum foret: Si obligationem civilem ex contractu leges producant, illam non ex contractu, sed ex jure seu legibus oriri.

obligationem naturalem. Sed si obligationem intellexit Ulpianus, quæ vere et proprie obligatio est, idest, eam, quæ actionem parit, an dubitabimus nihil id ad naturalem obligationem pertinere, quæ non proprie obligatio est, sed tantum ita dicitur per abusionem. *L. fidejussor.* 16. *§. fidejussor, D. de fidejussor.* Atqui de vera obligatione, et ea quæ actionem parit, sensit Ulpianus. Præcedentia declarant, in quibus de iis conventionibus egerat, quæ pariunt actiones. Quibus cum dissimilem faciat nudam pactionem, nempe in actione, de qua disserebat, dissimilem facere intelligitur, ut neget scilicet nudam pactionem parere obligationem, qualem supra dixit, eam, unde nascatur actio. Quid, si idem superioribus illis verbis etiam naturalem obligationem in pactione nuda nominatim admittit? Et vero admittit, ut jam non locus vel in speciem nos oppugnet, sed maxime etiam pro nobis faciat. Non enim solum dicit Ulpianus nudam pactionem obligationem non parere; sed addit eam parere exceptionem. Sit ergo nuda pactio in eo, ut quid alteri detur, aut fiat (nam de omni pactione nuda loquitur.) Illo auctore hæc pactio exceptionem pariet. Quod nihil aliud est, quam si ex ea caussa solutum sit ei, cui ex pacto dari debuit, habere eum exceptionem pacti, vel doli mali, qua inhibeat soluti repetitionem quamvis per errorem soluti. Quod si ita est suberat pactioni obligatio naturalis. Hæc enim est, quæ indebiti per errorem soluti repetitionem impedit. *L. naturales, D. de obl. et act. L. si pœnæ*, in pr. *D. de cond. ind.*

VIII. Ex manumissionis caussa libertus patrono operas officiales natura debet. *L. si non sortem, §. libertus, D. de cond. ind.* Non debet jure civili. Nullæ enim operæ nisi promissæ a liberto, peti possunt. *L. operis, L. qui libertus*, in pr. *D. de op. lib.* Placet tamen ut dixi, deberi pro officio manumissionis. Quo fit, ut sublata civili obligatione, relinquatur hic sola naturalis. Æquitas obligationis ex (10) beneficii magnitudine. Nam libertas inæstimabilis res est. *L. libertas, D. de reg. jur.* Quo nomine existimatur libertus quidvis debere patrono, dum tamen præstetur ut patrono. Quo in numero sunt operæ officiales, non artificiales seu fabriles. De quibus generibus supra diximus suo loco *Lib.* 2. *Cap.* 18. Et hoc est, cur in *d. L. si non sortem, §. libertus, de cond. ind.* significetur, non quasvis operas natura patrono deberi, sed tantum officiales, non fabriles: dum declaratur, illis patrono solutis, nihil eo nomine condici posse: bis solutis, condici posse æstimationem.

IX. Pietatis caussa obligationem naturalem habet in parentibus, qua illi obstringuntur ad dotem filiæ dandam. Hi si filiam habent in potestate, coguntur lege Julia per præsides provinciarum eam in matrimonium collocare et dotare. *L. capite*, 19. *D. de ritu nupt.* Quæ non naturalis tantum obligatio est, sed civilis. Quod si in potestate non habent, ut si filia sit emancipata, aut si sit mater a qua dos postulatur: ad eos quidem lex superior non pertinet: ut hic nulla sit adversus eos eo nomine actio. Sed nihilominus (11) pietatis jure dotem filiæ debere existimantur. Proinde (12) natura, seu jure gentium; a quo pietas et caritas. *L.* 2. *L.* 3. *D. de just. et jur.* Hinc natura debitum: hinc naturalis obligatio. Id significat Julianus in *L. cum is, §. penult. L. de cond. indeb.* cum ita scribit, *si mulier in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit.* Et addit: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis caussa, ex qua solutum repeti non potest.* Etsi igitur initio de muliere generaliter loquitur: tamen ratio subjecta declarat sentire eum de muliere, in quam (13) cadit pietas, quod est proprium parentum erga liberos in dote danda. De matre ergo loquitur, quæ se credat obligatam pro dote; intellige filiæ suæ, erga quam sit illa caritas, quam nominat. Cum autem hanc mulierem negat repetere, quidquid dotis nomine dederit etiam per errorem existimans se obligatam: satis indicat illam obligationem naturalem, quam hic ad dotem dandam subesse diximus. Solutum enim repelere non posse, unum est et præcipuum ex iis effectis, quæ sunt propria naturalis obligationis, et quod ad hanc obligationem indicandam a veteribus usurpari

(10) Species igitur hæc beneficii accepti, ut vel hinc constet vere naturalem obligationem vocari, quæ ex beneficio. Vid. *Not.* 14.

(11) Immo quævis obligatio parentum ad dotandam filiam, item ad alendos liberos naturalis est, non civilis, vid. infra ad hujus *Lib. Cap.* 4. *Not.* 2.

(12) De quo vid. P. Fab. 2. *Semest.* 1. *pag.* 6. *et* 7. *et* 3. *Semest.* 13.

(13) Ita et Hotom. 3. *Obs.* 2. recte animadvertisse Bartolum Jurisconsultum de ea muliere loqui, in qua pietatis nomen locum habeat, matre videlicet vel avia. Aliud enim est in extranea. *L.* 9. *§.* 1. *de cond. ca. da.*

solet. *d. L. naturales, de oblig. et act. d. L. fidejussor. §. fidejussor, de fidejuss.*

X. Quæsitum est, utrum in hoc numero haberi debeat, beneficii accepti caussa; id est, an qui beneficium accepit, obligetur danti naturaliter ad id reddendum, sitque ea obligatio naturalis, quam nunc quærimus, quæ scilicet admittat effectus eos, qui postea sequentur. Et hoc quidem prima fronte quibusdam locis traditum videtur. Nam in *L. sed etsi*, 25. *§. consuluit, D. de her. pet.* diserte scriptum est, eos qui donaverint, accipientem ad remunerandum sibi naturaliter obligasse. Scriptum præterea in *L. si pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* eum qui quid largiatur, quanvis ex alieno, beneficii debitorem sibi acquirere. Si debitor beneficii, qui beneficium accepit, necesse est civiliter debeat, aut naturaliter. Civiliter eum non obligari inter omnes convenit. Relinquitur igitur, ut debeat et obligetur naturaliter: quomodo nunc obligationem naturalem accipimus. Sed verius est, quod et vulgo probatur, nullam hic nasci naturalem obligationem, qualem nunc dicimus, id est eam, quæ civiles effectus ullos habeat ex his, quos subjicimus. Non valere puta ad indebiti soluti retentionem, si quid is, qui donatum accepit, putaverit aliquid vicissim pro eo promissum esse, et solverit per errorem facti. Non valere item ad compensationem ejus summæ, quam donator donatario debeat. Denique si generaliter et aperte dicendum est, nulla hic simpliciter et absolute obligatio nascitur, ne naturalis quidem. Quod multa confirmant. Primum usus loquendi omnium etiam juris auctorum: quibus qui beneficio aut munere accepto beneficium reddit, dicitur remunerari, et dare ἀντίδωρον *d. L. sed etsi, §. consuluit. L. si remunerandi.* 6. *L. si vero.* 12. in princ. *D. mand.* Est autem remunerari mutuo donum dare, quo donum dono pensetur. Nam munus donum est. *L. inter. L. munus. D. de verb. signif.* Quod multo apertius exprimit verbum Grecum ἀντιδωρον et ἀντιδωρεῖσθαι. Donat igitur, qui remuneratur, et beneficium reddit. Quod si ita est, iisdem auctoribus nihil utique ante eo nomine debuit ne natura quidem, qui beneficium acceperat. Intelligitur enim donari id quod nullo jure cogente conceditur. *L. donari*, 29. *D. de reg. jur.* Nullo jure, id est, neque civili, neque naturali. Unde quod natura debitum datur, non donari, sed solvi dicitur, atque adeo aperte negatur donari in *L. hoc jure.* 19. *§. pen. D. de don.* Sed hujus rei argumenta certiora ex conditione obligationis, cum a re debita, tum a proposito dantis. A re hoc modo. Ut nulla sine re, quæ debeatur, obligatio esse potest: ita et rem in obligationem deductam ita certam esse oportet, ut si plane incertum sit, quid quantumve debeatur, nulla sit etiam tum obligatio. *L. triticum.* 94. *L. ita stipulatus*, 115. in pr. *D. de verb. obl.* At qui beneficium aut donum accepit, ut maxime quis fateatur eum obligari ad remunerandum: nullam tamen ad rem certam reddendam obligatur; sed ut reddat vel idem, vel operam, vel animum saltem gratum. quem verbis aut officiis declaret. Qui quidem animus plerunque donanti, alioqui forte diviti, aut potenti, quavis remuneratione gratior est. Nulla igitur hic obligatio neque ad exigendum, neque ad retinendum quidquam, quod a donatario per errorem solutum sit; ubi dici non possit hæc aut illa res debita fuisse, quæ aut exigeretur, aut tanquam debita soluta retineretur. A proposito dantis etiam hoc argumentum certius. Nunquam ullius rei datio obligat eum, qui accipit, ubi non id (14) a-

(14) Consentit nostro Duarens *de O. et A. Cap.* 2. quia omnis obligatio naturalis saltem quoad propositum et voluntatem contrahentium necessariam præstationem habeat, et de *Cond. ind. Cap.* 6 Non est hoc, inquit, simile pacto convento. Turpe est prudenti petere ἀντίδωρα. Sed pacto promissum, non inhonestum est exigere ac de fide rupta conqueri. Balduin. *ad pr. I. de auct. tut. n.* 12. hanc obligationem non jure gentium niti, sed tantum ex naturali honestate proficisci, ac plane inefficacem esse sive ad retinendum sive ad petendum P. Fab. *ad L.* 84. *de R. I.* Connan. 1. *Comm.* 6. *n.* 13. accipit *d. L.* 25. §. 11. de prima naturæ lege, quæ ad honestatem pertinet, non quæ necessitatem habet juris gentium. Eandem de simplici naturæ instinctu intelligit. Zas. *ad L.* 3. *de I. et I. n.* 30. et Alex. Picen. *in Rub. I. de Obl.* de Philosophica potius, quam legitima Gifan. *ad L.* 11. *de O. et A. n.* 11. quia nulla jure gentium ingrati actio, alioqui, ut Seneca 3. *de benef.* 6. nulla fora sufficerent. De ea quæ ex honestate ac debito morali oriatur Menoch. *Li.* 1. *præsumpt. Q.* 80. *n.* 20. de brutis commun. Zas. *d. lo.* Baro. *ad L.* 1. *de I. et I.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 67. de impropria Vasq. 1. *Ill. Controv.* 9. *n.* 3. Verum quicquid hi velint sicuti supra *Not.* 2. unam esse obligationem naturalem, quam ex æquitatis regulis metiamur, firmavi, ita et hic verum æquitatis vinculum oriri puto, et obligationem juris gentium. Covar. *in C. cum officiis.* 7. *extra de testam. n.* 28. *et seqq.* P. Fab. 2. Semestr. 1. *pag.* 6. Sc. Gent. 1. *Parerg.* 2. A. Fab. 41. *Err. prag.* 6. Unde hoc genus permutationis vo-

gitur dando, ut obligetur. *L. non omnis. D. de reb. credit.* At qui donat, non est hoc animo, ut accipientem sibi obliget, aut ut quidquam sibi eo nomine reddatur, præter animum gratum: sed contra ne quid reddatur, cum sit hoc animo, ut liberalitatem et munificentiam exerceat. *L. 1. D. de don.* Quare non obligatur donatione, qui accipit. De jure civili non ambigitur. Sed loquor etiam de jure naturali. Cujus æquitas hæc est in iis, quæ consensu geruntur inter aliquos, ut conventio servetur: id est, ut si convenerit, ut quis quid præstaret, eo nomine obligetur, seu id præstare debeat: rursum si hæc sit conventio, ne quid cogatur præstare, ne obligetur. *L. 1. in princ. D. de pact.* Neque vero adversantur huic sententiæ superiores loci licet in speciem contrarii. Qui beneficium et donum accepit, obligatur, inquit Ulpianus naturaliter. *d. §. consulit*, sed addit *ad remunerandum*. Vel ipsum remunerationis verbum ostendit non obligari eum simpliciter, sed sub conditione, si quid præstare volet. Quoniam, ut dixi, remunerari est donare. Non donat autem, nisi qui pro arbitrio suo dat, ut si nolit quidquam dare, nulla sit obligatio etiam naturalis. Sub hac autem conditione, si volam, nulla omnino contrahitur obligatio: cum pro non dicto sit, quod dare, nisi velim, ex conventione cogi non possim. *L. sub hac. D. de obl. et act.* Non moveor, quod ibidem dicitur, qui beneficium accepit, utcumque obligetur ad remunerandum, tamen naturaliter ad id ipsum obligari. Nam remunerationis verbo ita postulante, *naturaliter* illic accipere non debemus naturali ratione, ex qua est obligatio naturalis, quam quærimus, ve-

catur, *d. L.* 25. §. 11. Ac remuneratio merces quædam et pretium officii. *L.* 34. §. *ult. de donat.* ideoque nec mera donatio *L.* 27. *de donat. L.* 12. *pr. Mand. et per. L.* 19. §. *pen. de donat.* Cujac. *ad L. donari* 82. *de R. J.* Quisque igitur, beneficio quocunque (sive in largitione pecuniæ, sive in facto et officii præstatione, ac gratificandi studio; vid. Arist. 4. *Eth.* Senec. 2. *de benef.* 9. consistat, ut si quis absentis negocia ex bona fide et utiliter gessit, si ejus defensionem suscepit, etc.) affectus ad gratitudinem benefacienti obstrictus est. Quæ tamen obligatio non eo tendit ut æquivalentem semper remunerationem donatarius vel beneficio affectus rependat. Turpe namque et dignæ liberalitati contrarium pro beneficio pretium exigere, ut recte Duar. *dd. locis* et Gœd. *ad L.* 12. *pr. de U. S. n.* 14. Nec convenit beneficia in Calendario, sive libro rationum, inscribi. Pessima certe legibusque exosa et invisa illa captatio. Quæ et caussa captatoriæ institutionis ac legati reprobandi; vid. supra *Lib.* 6. *C.* 19. Sed grato sæpe animo contenta est. In eoque conditio personarum, et a quo, et in quem collata aut merita, spectanda, omneque istud ex re æstimandum. Unde ad egenum vir dives et munificus numeratus sit, jus naturale in animo grato, officiis et obsequiis testato, contentum erit. Omninoque tenendum hic illud Cic. *pro Cn. Plancio*, dissimilem esse debitionem gratiæ ac pecuniæ. Quod si bene factum sit alicui, qui rependere possit ei illud *ejusd.* 1. *offic.* tenendum. Imitari nos debere agros fertiles, qui multo plus afferunt quam acceperunt. Et Servii ad illud. Virg. 1. Æn.

. . . *Ac memor illæ*
Matris Acidaliæ . . . .

Majores nostros scienter tres gratias depinxisse, ut una aversa, duæ nos respicerent, sic docentes profectam a nobis gratiam duplicem reverti debere, id est, remunerationem non ad calculos acceptorum et expensorum revocandam, sed cumulatiorem mensura rependendam; ceu refert Tiraq. *ad L.* 8. *de revoc. don. v. donat. largitus n.* 85. Quæ qui non consideraat, multoque magis si bene facta male factis compenset, eum non tantum contra communes naturæ instinctus, qui ei qui bene fecit, bene velle jubent: sed et contra ipsum jus ac æquitatem naturalem delinquere statuo. Qui autem effectus hujus obligationis et quæ inde præstandi necessitas; *vid. not. seq.* Quibus ita positis non obsistunt rationes Donelli nostri. Ad 1. Resp. Regula *d. L.* 29. loquitur de donatione simplici, quæ fit ob nullam caussam, nisi munificentiæ exercendæ *L.* 1. *pr. de don.* Hæc autem non est talis nec proprie donatio, ut supra. Ac licet remuneratio significet mutuam donationem, tamen ipsa vox *mutua* arguit donationem hanc caussam habere, ideoque, nec proprie sic vocari. Quin etsi donatio vocaretur sæpius, ut vocatur in *L.* 34. §. *ult. de don.* nihil hoc obstaret. Quia et mortis caussa donatio, quæ ubique ita appellatur proprie non est *d. L.* 1. *pr.* Ad. 2. Resp. dictæ leges loquuntur de obligatione civili, quam tamen non omnis incertitudo vitiat, vid. *infra Li.* 15. *C.* 1. Deinde licet hic in thesi et generatim difficilis sit definitio, quid ex beneficio debeatur, arg. *L.* 32. *pr. de usur.* in hypothesi tamen hoc, secundum qualitates et circumstantias, certum semper saltem natura. Quæ certitudo sufficiet. Quod si hic incerta res debita; magis quoque, certe non minus, incerta erit in specie *L.* 32. §. *pen. de Cond. ind.* in qua naturalem obligationem noster agnoscit, *ut h. Cap. n.* 9. Ad 3. Resp. *d. L.* 19. loquitur de obligatione civili et quæ ex contractu, nec extra caussa conventionum trahenda. Nam nec manumittentis hoc propositum ut operæ non promissæ præstentur. Nec in obligatione dotis ac alimentorum, hujusmodi actus, tale propositum ejus cui obligatio quæsita est continens, reperitur.

luti ex pacto: *d. L.* 1. in princ. *de pact.* sed naturaliter, ut sit, sensu et affectu omnibus hominibus naturaliter, seu a natura insito, ut, qui beneficium acceperunt, bene affecti sint erga eos, qui dederunt, et primo motu ita animati, ut cupiant beneficium rependere. Unde omnes, nisi si qui sint plane duri et inciviles, beneficio accepto agunt gratias, et se gratos futuros pollicentur. Naturaliter eodem sensu, quo alibi dicitur ab eodem Ulpiano naturalis hominum facilitas ad dissentiendum, *L. item si unus*, 17. *§. principaliter*, *D. de recept.* Idem respondemus de eo, quod dicitur, eum qui beneficium accepit, beneficii debitorem esse. *d. L. si pignore*, *§.* 1. *de furt.* Debitor hic est; verum non simpliciter, sed beneficii debitor. Hoc autem nihil aliud declarat, quam eum ita debitorem esse, ut sunt ii, qui beneficium acceperunt, id est, ad remunerandum. Jam autem dixi in hoc verbo inesse conditionem, ut reddat si velit; si nolit, nullo jure cogatur.

XI. Caussa simul et persona obligationem naturalem facit, cum inter aliquos obligatio contracta est ex iis caussis, ex quibus alioqui inter capaces actio jure civili nascitur, sed in ea caussa de qua agitur, unius ex reis persona impedit, quominus nascatur. Quibus ex caussis nascatur actio, dicetur postea in civili obligatione plena. Ex his caussis nascitur etiam simul naturalis obligatio. Quo fit, ut si qua in caussa ex his eveniat, ne nascatur actio, seu obligatio civilis, hac sublata saltem relinquatur obligatio naturalis, quam nunc quærimus. Ne autem nascatur actio, facit sæpe unius ex reis persona: alias debitoris, cum non est is, cum quo agi possit: alias creditoris, cum is non est, qui possit agere.

XII. Debitores, cum quibus nulla sit actio; quamvis ex legitima et civili caussa rem gerentibus, tres sunt; servus, pupillus, filiusfamilias in pecunia credita. Servi ex contractibus non obligantur civiliter; utpote jure civili pro nullis habiti. *L. quod attinet. D. de reg. jur.* Sed naturaliter et obligantur promittentes, et obligant eos, qui promiserint. *L. servi*, *D. de oblig. et act.* Quandoquidem jure naturali omnes homines æquales sunt. *d. L. quod attinet, de regulis jur.* Pupillus jure civili sine tutoris auctoritate non obligatur. *L. obligari*; *D. de auct. tutor.* Idem si intelligens quod agitur contraxerit, obligatur naturaliter., *L. si pupillus*, 127. *D. de verbor. oblig. L.* 1. in fin. *D. de novat.* Negatur hoc quidem in *L. quod pupillus*, *D. de cond. indeb. L. pupillus*, *D. de oblig. et act.* quibus in locis diserte scriptum est, pupillum nec natura debere, nec naturali jure obligari. Sed de eo dicetur postea in personis eorum, qui jure civili obligari non possunt. Filiusfamilias mutua pecunia accepta, jure civili non obligatur, proposita senatusconsulto Macedoniano adversus ejus pecuniæ actionem perpetua exceptione, *L.* 1. *L. sed si paterfamilias*, 9. *§. ult.*, *D. de Senat. Macedon. L. qui exceptionem*, 40. *D. de cond. indeb.* Nec quidquam interest, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. jur.* Natura tamen obligatur filiusfamilias ex ea caussa. Nec obstat exceptio; quoniam sic illa per occasionem personæ filiifamilias inducta est, ut non tam ideo inducta sit, quo ille exoneraretur, quam ut hac pœna afficeretur, qui pecuniam credidit. *d. L. sed si paterfamilias*, in fin. *et L. seq. de Macedon. L. si pœnæ*, 19. in princip. *d. L. qui exceptionem*, *D. de cond. indeb.*

XIII. Ut ex persona creditoris non sit actio, dum is agere non potest, toties accidit, quoties res agitur inter eos, inter quos non potest jure civili nasci actio. Non potest autem nasci ex ulla caussa inter dominum et servum. *§. hi qui. Inst. de oblig. quæ ex delict.* Et ideo si quid dominus promittat servo, est hæc quidem caussa, ex qua obligatio nascitur inter alios: et persona domini ea, quæ obligari possit aliis. In hac tamen caussa non obligatur civiliter servo; non propter se, sed propter creditorem servum, qui adversus dominum habere actionem non potuit; utpote nullus jure civili, *d. L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* Sed nihilominus obligatur dominus servo naturaliter; cum, ut dixi, jure naturali omnes homines æquales sint. *L. si quod dominus*, 64. *D. de cond. ind. d. L. quod attinet*, *de reg. jur.* Ita fit, ut remota civili obligatione in hac specie, supersit sola naturalis. Similiter, et inter patrem et filium, qui in patris potestate est, non nascitur actio: sed in iis bonis, quæ patri acquiruntur, non etiam quæ filio. *d. §. hi qui*, *Inst. de obl. quæ ex del. L. lis nulla*, *D. de jud.* Veruntamen si quid inter se contraxerint, actione inter illos sublata, multo magis inter eos naturalem obligationem consistere diceris: sive pater debeat filio, sive filius patri. *L. frater*, 38. *§. ult. D. de cond. ind.* Eadem caussa duorum fratrum, qui in ejusdem patris potestate sint, si quid inter se contrahant in his bonis, quæ patri acquiruntur; ut quoniam quæcumque hinc actio est, ea acquiritur patri,

nec patri adversus filium esse potest, ideo nulla hic sit actio: sed nihilominus obligatio naturalis contrahatur. *d. L. frater*, 1. resp. *de cond. ind.* De his personis nunc dixi brevius, huc spectans, quod erat proprium hujus loci, ut intelligeretur, quando inter eas personas constitueretur sola obligatio naturalis. De quo amplius infra ad *L. frater, de cond. ind.* Nam illud, an hæ personæ non obligentur civiliter, et cur non obligentur, alius locus mihi constitutus est ad dicendum, ubi scilicet agetur de civili obligatione, quæreturque in eo genere, quæ personæ ex contractu obligari possint, aut non possint.

XIV. An tempus civili obligationi in re contrahenda, legandave adjectum naturalem tantum obligationem faciat, dubitatum est. Et facere quis dixerit, cum quid promissum est in diem. Nam ante diem deberi constat. *L. cedere, D. de verb. signif. L. centesimis*, 46. *D. de verb. oblig.* Atqui præsente tempore inspecto, non videtur deberi civiliter, peti enim non potest: *d. L. cedere*, §. *omnis, inst. de verb. obl.* in hac autem petitione effectus civilis obligationis cernitur. Restat igitur, ut qui interim non tenetur civiliter, obligetur saltem natura. Sed verius est, quod scripsi ad *L. eum qui calendis*, 41. §. *ult. D. de verb. oblig.* eum qui in diem promisit, obligari ante diem et natura et jure civili: quia si præsentem statum spectamus tantum, nihil debetur propter conventionem, quæ diem expectari jubet; sin eventum, ejusque certitudinem, tum vere utroque jure dixerimus deberi; quia utrumque certum facit, aliquando peti posse. Utcumque est, horum utrumque facit, ut ante diem solutum, uti interim debitum, repeti non possit. *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.* Diei vim, eumdemque effectum habet conditio adjecta, quam certum sit omnino exstituram. Veluti cum moriar, decem dabis? *L. sub conditione*, 16. et 2. seqq. *D. de cond. ind.* Illa plane tempora vere obligationem naturalem relinquunt, quæ obligationi pure ab initio contractæ, casu postea injiciuntur, ut sunt, dies post obligationem pure contractam ad solvendum pacto datus a creditore debitori. Unde exceptio temporalis pacti ex æquitate naturali edicti de pactis. §. *temporalis*, *Inst. de except.* Item spatium solvendi quibusdam personis humanitatis caussa lege indultum: ut tempus judicati. *L. cum militi*, §. *ult. D. de compensat.* Ut quod datur marito et similibus, nec ultra id quod facere possunt, conveniantur. *L. quod nomine*, 8. et *L. seq. D. de cond. ind.*

XV. Constituta inventaque obligatione naturali, quæretur quid contineat, et quam necessitatem præstationis habeat. Et quid contineat, id est, quis ex ea obligatione, cui, quid debeat, et quomodo, in prioribus illis caussis tribus, pacto, operis officialibus, dote. satis intellectum est ex iis, quæ de singulis diximus: si modo de pacto hoc addiderimus, cum ex pacti caussa debere, qui paciscitur se daturum aut facturum: deberi ei eum quo paciscitur: deberi id, quod in conventionem deductum est, et cætera inesse ex consensu. In posteriore autem genere, ubi persona cum caussa concurrit, qualia hæc sint, quæ dixi, indicatum satis, ex eo, quod hujus generis obligationem naturalem nasci diximus ex iis caussis, ex quibus actio oritur. Nam hæ quæ sint, et quid contineant, scietur postea suo ordine. Nempe ergo hoc monemur, quid hic illarum caussarum proprium sit, inde petendum esse, et in hoc genere esse intelligendum.

XVI. Restat necessitas et effectus hujus obligationis ad rem obtinendam, quæ hinc debetur. Et generaliter recte definiemus, quicumque civilis obligationis justæ et ad exigendum efficacis effectus sunt, eosdem esse et naturalis obligationis, una actione dempta, quæ recta ex ea obligatione nascatur. Ex naturali obligatione actionem non competere constat. Inde enim dicitur tantum naturalis. *d. L. naturales, de oblig. et act. d. L. fidejussor*, 16. §. *fidejussor*, *de fidejussor.* Sed quicumque alii veræ obligationis effectus sunt, idem sunt et obligationis naturalis. Quo in numero sunt sex. Ex quibus quidam (15) principales, quidam per accessionem.

(15) Hac de re sic sentio. Effectus naturalis unicus, isque omni naturali obligationi æqualis. Necessitas solvendi, non civilis, legis aut judicia imperio, sed naturæ jussu imposita. *Cui qui non paret, ipse se fugiet*, etc. Cic. 3. *de Rep.* vide *supra ad C.* 7. *Lib.* 1. *A.* 1. Civiles vero varii et dispares. Aliquando enim Lex nullo modo assistit, interdum assistit, et vel plenius, vel aliquatenus tantum prout illud expedire, ac civium utilitati convenire animadvertit legislator. Utilitas enim scopus est juris civilis, uti æquitas juris naturalis, Matthæc. 1. *de vin jur. C.* 9. *n.* 5. Si Lex penitus non adsistit, nihil operatur, nisi ut qui præstat quod debet, bona fide agnoscens, non plane indebitum solvisse, sed potius necessitate naturali se exsolvisse, æquitati satisfecisse et juri

XVII. Principales duo, soluti retentio, et compensatio, quos effectus principales dicimus, quia naturalis obligatio hos semper secum habet, etsi nihil postea obligationi accedat unquam. Valet ergo naturalis obligatio ad soluti retentionem. Et hoc est: Quidquid indebitum solutum est per errorem facti, repeti potest, ut dicetur in condictione indebiti. Indebitum accipe, quod omni jure indebitum est, et jure civili, et natura. Si quid vel natura debitum erit, solutum quovis modo repeti non poterit. Est enim vere debitum, quia debitum natura. *d. L. naturales, de obl. et act. d. L. fidejussor §. fidejussor. de fid. L. si pœnæ, L. si quod dominus, D. de cond. ind.* Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. *L. etiam, D. de comp.* Ut puta, debeo tibi centum mutua. Tu vel ante vel postea pacto nudo ex alia caussa centum item alia pollicitus es te daturum. Hæc civiliter indebita, sed debita naturaliter, ut supra dixi, jure tecum pensabo: ut quod actione a te consequi non potui, id te agente per compensationem teneam etiam ab invito.

XVIII. In accessionibus naturalis obligatio in universum hanc vim habet. Quæcumcumque obligatio, si obligationi civili firmandæ accedat, valet, eadem similiter si naturali obligationi accesserit, consistet, ut exinde debitum natura incipiat peti posse, aut alio modo retineri, quod prius non pote-

naturæ paruisse videatur. Exempla in intercessione mulierum, ubi licet obligatio naturalis oritur: in ea enim res sic æstimatur, ac si nunquam jus civile latum esset; nullus tamen inde civilis effectus. *L. 40. de Cond. ind.* in transactione alimentorum SCto prohibita *L. 23. §. 2. de Cond. ind.* Denique ut Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 10. *n.* 2 etiam ex contractu legibus vetito oritur naturalis obligatio, tametsi effectuum, quos lex accommodavit, nullum habeat. Recte, si ponas hujusmodi contractum, quem naturalis æquitas non deficit, ut uxoris sine licentia mariti jure Hispanorum, quod exemplum habet Vasq. vel mulieris sine consensu Curatoris jure Saxonum. Sic obligationem ad remunerandum Lex regulariter fere ab omni auxilio nudam relinquit. Unde tametsi si sciens quis remunerationem præstiterit, mercedem exsolvisse censetur. *L. 34. §. ult. de don.* et per *L. 6. pr. Mand.* ubi *honor* significat mercedem, per ea quæ *infra Lib.* 18. *C.* 3. ac quod dedit, repeti ex nulla caussa potest *d. §. ultim.* si tamen probabili facti errore, ei a quo beneficia aliquis agnoscit, pecuniam; ceu ex caussa civili debitam solverit, Lex retentionem non indulget, repetitionemve denegat. Neque enim contemplatione illius beneficii vel iste præstitit vel hic accepit. Improbeque faciet qui ideo se in alium beneficium antea contulisse dicet, tantumdem ut, vel ab ignorante reciperet. Genus hoc est viscati et hamati beneficii. Nec continuo ingratus, ac jus gentium, virtutumque officia deseruisse censendus; qui pecuniam ex caussa forte emptionis a se solutam in debitum istud naturale imputari nolit. Potest enim alia re gratitudinem suam declarare. Et quid si conditionis personarum sit inæqualitas, aliave id genus. Quanquam si omnia paria forte sint, nihilo magis tribueretur retentio soluti, quia hunc effectum præsenti obligationi leges non accommodarunt. Atque hæc regulariter. In quibusdam vero casibus ea fit interpretatio a lege, ut præstitum a bene meritis affectu habeatur pro præstito eorumdem contemplatione ac compensatione id accidit non tantum in operis a manumisso præstitis *supra h. Cap. n.* 8. sed et in usuris sortis ex mutuo gratuito acceptis, et nec stipulatione, nec nudo etiam pacto promissis. Quas qui præstat, sortis contemplatione ac in remunerationem officii mutuationis persolvisse censetur, ideoque non repetit. Quomodo fere *L. 26. pr. de Cond. ind.* interpretatur Rob. 2. *Sent.* 16. Aliquando ut dixi, Lex plenius adsistit, ut non retentionem tantum, sed et exactionem concedat. Quod et fit quandoque in illa ipsa beneficii accepti caussa; si aliquid accesserit, videlicet atrox injuria etc. *ut L. ult. C. de revoc. don.* vid. *infra Lib.* 14. *C.* 27. Tunc enim Lex solidum reddere cogit, licet civiliter non sit obligatus. Civilis enim obligatio non nascitur, nisi quoties id agitur ut confestim debitor obligaretur *L. 19. pr. de reb. cred.* Quo animo donatio facta non est *L. 11. de don.* Huc referri potest ingrati liberti in servitutem, de qua *Lib.* 2. *C.* 17. *N.* 3. emancipati in potestatem *d. Lib.* 2. *C.* 24. revocatio. Sic quod datur mensori, remuneratio est, *L. 1. in fin. pr. si mens. fals. mod.* exigi tamen potest. Atque huc referendæ præstationes extraordinariæ, de quib. *infra C.* 14. *N.* 7. Sic quando pupillus acceptis alienis nummis rem suam auxit, tenetur actione utili ex constitutione D. Pii *L. 3. §. 4. de neg. gest. L. 3. pr. Commod.* nec tamen ideo obligatio civilis, sed naturalis manet, ut recte Pac. 4. *Q.* 9. et Gifan. *ad L. 14. de O. et A.* vid. *infra Cap.* 22. *not.* 14. Evidentior res est in alimentis debitis, de quo vid. *infra Cap.* 4. *not.* 1. Sæpius autem quadantenus Lex adsistit, quosdam accomodans. Uti fere accidit in reliquis obligationibus naturalibus, Quarum sunt illi effectus principales et accessorii, ut hic noster. Hoc probe notandum, hos effectus sive eos a legibus habeat obligatio naturalis, sive ex moribus ac interpretatione prudentum, sive a jure prætorio, civiles esse et civiles regulas in eis attendi, ut Pac. 4. *Q.* 16. A. Fab. 20. *Conject. ult.* Atque hinc patri vel domino acquiruntur, cum ipsa obligatio acquiri nequeat, de quo alibi.

rat. Hæ accessiones sunt quatuor quas casdem admittit obligatio naturalis; constitutum, fidejussor, pignus, novatio. Quæ quid sint exponetur postea suis locis. Nunc tantum de jure naturalis obligationis cum ista accesserint, quærimus. Sic ergo istarum rerum jus est. Quod natura debetur, si quis constituat se soluturum, valet constitutum, et tenetur de pecunia constituta; quod tamen utiliter constitui non potuit, nisi vere esset debitum. *L.* 1. §. *pen.* §. *ult. D. de pec. const.* Fidejussor cum obligari non possit, nisi principali obligationi accedat, tam utiliter naturali obligationi accedit, quam civili, ut jam ab eo peti possit natura debitum, quod a reo principali non potest. *d. L. fidejussor obligari*, 16. §. *fidejussor, D. de fidejussor.* Eadem caussa pignoris quod cum nisi pro præcedente obligatione constitui non possit, Æque tamen pro civili et naturali obligatione constitui potest. *L.* 5. *D. de pignor.* Ut sic per persecutionem, et retentionem pignoris jam debitum servari possit, quod per se peti non potuit. *L. per retentionem. L. pignoribus. C. de usur.* Novari quoque naturalis obligatio potest: id est, in aliam obligationem ita transfundi, ut qui quod natura debebatur, stipulanti promiserit novandi caussa, non minus obligetur, quam si civiliter ante debitum promisisset. *L.* 1. *D. de novat.* Quorum nihil potuisset dici, nisi obligatio naturalis esset vere obligatio, et natura debitum vere debitum, etsi minus proprie, quia minus plene.

XIX. Recte constituta obligatio naturalis suis modis solvitur. Solvitur autem partim communibus quibusdam, partim propriis.

XX. Communes sunt, quibus tollitur obligatio quoque civilis. Nam cum hujus arctius vinculum sit, quam naturalis, necesse est, si qui sint, quibus tollitur civilis obligatio, multo citius iisdem tollatur obligatio naturalis. Ideo numeratione pecuniæ, id est (16), solutione, naturalem tolli nemo dubitat. *L. Stichum*, 95. §. *naturalis*, *D. de solut.* Sed et propriis quibusdam tollitur. Hi sunt, quibus in civili obligatione intervenientibus non liberatur debitor ipso jure, sed tantum per exceptionem. Nam his naturalis obligatio etiam ipso jure tollitur. Quod cum in hac obligatione tantum accidat, recte hoc totum naturalis obligationis proprium esse dicimus. Id declarat Papinianus exemplo justi pacti, et jurisjurandi, quibus itidem ut numeratione pecuniæ hanc obligationem (17) ipso jure tolli scribit in *d. L. Stichum*, 95. §. *naturalis, de solut.* Sunt vero hæc ejusmodi in civili obligatione, puta ex stipulatu, aut legati caussa, ut quamvis creditor pactus sit ne peteret, aut deferente eo debitor juraverit se non debere, non tamen ideo liberetur ipso jure, sed tantum exceptione defendatur vel pacti conventi, vel jurisjurandi. §. *præterea*, §. *æque*, *Inst. de except.* At eadem si interveniant in obligatione et debito naturali, hic jam dicimus ipso jure penitus tolli obligationem. Effectus hunc esse *ibidem* Papinianus ostendit, ut si quæ sint ejus obligationis accessiones, hæ similiter ex his caussis liberentur, veluti fidejussor, quam pupillus dedit.

XXI. Cur ergo his modis tollatur prorsus obligatio naturalis, civilis non tollatur. Differentiæ rationem reddidit ibidem Papinianus, sed obscurius: quia vinculum æquitatis, inquit, quo solo sustinebatur naturalis obligatio, conventionis æquitate dissolvitur. Significat autem id, quod regula juris traditur, quibus quidque modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolvi. *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Itaque non mirum, si civilis obligatio, quæ sola æquitate pacti non contrahitur, solo pacto non tollatur. At contra evenit in naturali obligatione, ut hæc solo æquitatis vinculo sustineatur. Est enim, ut diximus, a natura: proinde ex æquo et bono. *L. pen. D de just. et jur.* Sequitur igitur, ut dictante etiam superiore regula contraria æquitate dissolvatur. Proinde justo pacto, quod servari præsertim ad liberationem natura æquum est. *L.* 1. in

(16) An et confusione? Ita quia nec natura patitur ut sibi aliquis debeat. Quæ vera et genuina ratio. Aliæ autem Cujacii rationes 9. *ad Afric. in L. frater a fratre* p. 578. *et seq.* ad hoc obtinendum infirmiores, 1.° a comparatione: Acquisitio hereditatis (8), pro solutione et compensatione. *L.* 53. *ol. mat.* Ergo, etc. Sic enim deportatio tollit obligationem naturalem *L.* 47. *pr. d. fidei.* quia morti comparatur; utique et confusio, quia solutioni. 2.° Per confusionem sublata principali tollitur fidejussoria obligatio *L.* 71. *de fidei.* Non tolleretur autem si maneret naturalis. vid. A. Fab. 7. *Conject.* 16. Diss. Hotom. *disp. in L. frater a fratre.*

(17) Cui non leviter obstat. *L.* 27. §. 2. *de pact.* Sed de eo, alibi dicendi erit locus. Hic modus esto.

princ. *D. de pact.* Ergo et jurejurando propter eamdem conventionem et religionem. *L. sed etsi servus. L. qui jurasse. §. ult. D. de jurejur.*

CAP. III.

De civili obligatione nuda: quæ sit: quibus ex caussis et quomodo efficiatur nuda: quam vim habeat: quomodo solvatur.

Methodus et ratio civilis obligationis, quam nudam vocant, dignoscendæ: hujus exemplum. I.
Eædem plane causæ, eademque materies, et subjectum civilis justæ obligationis, ac nudæ: ex illa istius petenda cognitio. II.
Istius obligatio prope nulla, et quare. III.
Nullus ideo effectus. IV.
Obligatio civilis pecuniæ creditæ, etsi exceptione summoveatur: naturalem tamen retinet obligationem; et quæ hujus effecta, et quæ differentiæ ratio. V.
Quas utilitates hæc habeat civilis obligatio, exceptione non opposita. VI.
Iidem modi nudæ civilis, ac civiles justæ obligationis dissolvendæ: illi in istis quærendi. VII.

I. Civilis obligatio (1) nuda, quam eamdem sine re vocamus, est, quæ jure civili actionem parit, sed eam, quæ per exceptionem jure prætorio infirmetur. Quod genus indicari dixi in *§. præterea, Instit. de exc. et L.* 3. *§.* 1. *D. de pec. const.* Nascitur hæc obligatio ex iis caussis, ex quibus jure civili nascitur actio utilis et efficax. Sed tum fit civilis nuda, cum actio inde nata per exceptionem removetur. Quod accidit ex iis caussis, ex quibus nascuntur exceptiones. Itaque si noverimus, quibus ex caussis nascatur actio jure civili, ex quibus item exceptiones, eadem opera quæ sit obligatio civilis nuda, cognoverimus. Prius ex proximo genere obligationis sequenti sumendum est; est enim illius proprium. Posterius ex *Tit. Inst. de exc.* de quo dicetur inter eos modos, quibus obligatio liberatione tollitur. Nunc quidem rei explicandæ caussa unum exemplum sufficiet, quod est in *d. §. præterea, de exc.* Debet quis decem mutua, aut ex stipulatu. Ex utraque caussa obligatio et actio jure civili. *Inst. t. quib. mod. re contr. obl.* in princ. *Instit. de verb. obl.* in princ. Si debitor pactus fuerit cum creditore, ne a se pecunia peteretur, nihilominus manet obligatio, quæ pacto convento non est sublata: unde et vetus actio. Sed adversus actionem parata exceptio pacti conventi. Hinc ergo primum incipit obligatio esse civilis illa nuda, quam dicimus. Eademque ex cæteris caussis, ex quibus exceptione nascuntur, intelligenda sunt.

II. Hæc obligatio cum sit ex iisdem caussis ex quibus jure civili justa obligatio nascitur, nempe idem quod illa continet: cum scilicet quæritur quis, cui, quid, quomodo debeat. Itaque si quid horum nosse volemus, illinc petetur.

III. De vi et necessitate præstationis hujus obligationis sic habendum est. Propemodum sine re est hæc obligatio, ut verbo supra complexi sumus; idest, ejusmodi, quæ nullos effectus habeat neque civilis, neque naturalis obligationis. Merito. Vere enim nec civilem nec naturalem obligationem in se habet. Civilem quidem habere videatur, quia actionem habet jure civili constitutam. Sed si vim et potestatem actionis, non nomen spectamus, non habet, ubi actioni objicitur exceptio. Nihil enim interest, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil, D. de reg. jur.* Naturalem autem obligationem plane non habet. Indicio est exceptio, quæ ex suis illis caussis, quarum memini, ideo debitori datur, quia non est æquum iis caussis intervenientibus debitorem teneri; ut ratio redditur in *§.* 1. *et seq. Instit. de exc.* Id semper æquum quod est a natura, seu naturali jure. *L. pen. D. de just. et jur.* Quocirca ideo æquum est, debitorem ob eas caussas non teneri, quia jure naturali fit, ne teneatur; idest, quia natura seu naturali jure non debet, non obligatur. Et hoc est, quod Ulpiano in *L.* 3. *§.* 1. *D. de pec. constit.* ea pecunia, quæ ex hac obligatione

(1) Vulgo vocant mere civilem, et justam civilem vocant mistam. Quod reprobat Gifan. *ad L.* 14. *de O. et A. n.* 28. quia nulla sit obligatio civilis, quæ non nitatur cognomento naturali, saltem præsumpto. Errat autem Govean. *ad l.* 1. *§.* 17. *ad* Falc. *n.* 1. scribens obligationem tantum esse ex stipulatione.

debetur, dicitur debita juribus non esse pecunia. Juribus, idest, ullo jure: dum hoc significat, non modo non esse debitam jure naturali, quod constat propter exceptionem: sed nec civili quidem etsi est eo nomine actio. Non enim videtur obligatio civili actione uti, cum actio removetur exceptione.

IV. Hinc de vi et effectu potest judicari. Primum igitur dum opponetur exceptio, effectum civilem plane nullum habet: cum hic effectus non sit, nisi in actione et persecutione: quæ tunc, ut dixi, inutilis est, vel potius nulla, cum exceptione summovetur. Obligationis autem naturalis nullum plane fructum oblinet, sive exceptio opponatur, sive nondum opposita fuerit. Exemplo erunt hujus generis effecta duo, ne necesse sit omnia persequi: soluti retentio, et constitutum. Diximus, quod natura debetur, si solutum sit, quanvis ab eo, qui justo errore facti putaret civili er deberi, tamen repeti non posse. Non idem jus est in hoc genere. Non impediet ejusmodi repetitionem obligatio ista civilis, ex qua qui actione tenebatur, exceptionem adversus actionem habuit. Idque est quod dicitur, eum qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere posse. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Sic et quod natura debetur, recte constituitur, ut debitum. *L.* 1. §. *ult. de pec. const.* Diversum in hoc genere obligationis. Qui constituit, quod jure civili debebatur, jure autem prætorio non debebatur, constituendo non tenetur. *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Quæ si duo effecta naturalis obligationis non recipiuntur in hoc genere, perspicuum est, ne cætera quidem recipi oportere. Cur enim non recipiuntur illa, quia hic obligatio naturalis nulla est? Quæ autem non est, non potest neque hoc, neque alios ullos effectus parere.

V. Atque hæc ut plurimum, ac fere per omnia ita se habent. Sed non sunt perpetua. Interdum obligatio civilis cujus actio per exceptionem removetur, ita actionem jure efficacem non habet, ut tamen habeat naturalem obligationem. Sed etsi non habeat, non est tamen per omnia inutilis ad eam præstationem, quam in obligatione quærimus. Una est obligatio pecuniæ filiofamilias creditæ, ex qua actio exceptione Macedoniani removetur. Subest tamen hic obligatio naturalis: quam ut intelligamus efficere cætera, quæ naturalis obligationis propria esse diximus, hoc quod est præcipuum efficit, ut sive filius, sive alius quis nomine filii quanvis per errorem pecuniam solverit, non repetat. Hæc in *L. sed si paterfamilias.* in fi. et *L. seq. D. de sen. Mac. L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Cur ergo in cæteris caussis exceptio actioni opposita arguit naturalem obligationem non subesse: in pecunia filiofamilias credita non item? Ratio iisdem locis reddita est, quod in aliis caussis exceptio comparata est debitoris caussa ideo, quia æquum sit eum non teneri. Exceptio contra Macedoniani in mutuo, non quia æquum sit filiumfamilias liberari, sed in odium et pœnam creditoris ut plurimum fœnerantis.

VI. Sed etsi debitoris exonerandi caussa detur exceptio, non est tamen hæc ipsa civilis obligatio et actio quæ manet plane inutilis. Si exceptio opponitur, est sane inutilis sine controversia. Idque est, quod regula juris traditur, nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *d. L. nihil interest. de reg. iur.* tunc enim infirmatur actio exceptione, cum exceptio illi objicitur. At finge non opponi, non probibet regula, quominus aliquid interesse dicamus. Et tum vero obligatio et actio ista civilis (2) duas utilitates habet. Una est hæc, quod in strictis judiciis quæ exceptio debitori datur, si eam sibi prodesse vult, initio contestari oportet. *L. si quidem L. præscriptionem, C. de exc.* Unde eveniet, ut ea non contestata procedat actio, ac reus condemnari debeat. De quo in exceptionibus et recta institutione judicii dicendum est. Altera est, quod si creditor ante quam judicio ageretur, pactus sit, ut sibi idem petere liceret, quod prius propter exceptionem non poterat; consequitur pacto, ut jam sibi petere liceat utiliter, quod sine actione præcedente solo pacto petere non potuisset. Nam ex pacto quidem non nascitur actio. At ubi actio ante nata est, si ea agatur, et exceptio opponatur, potest pactum posterius prodesse ad removendam exceptionem, quod ad actionem prodesse non poterat. *L. si unus. §. pactus, D. de pact. L. pacta novissima. C. eod.*

VII. Quibus modis tollatur hæc obligatio, anxie quærendum non est. Nam si debitor solutam vult, habet paratam liberationem in exceptione: quam licet ei opponere actioni, cum velit, si modo cum eo agetur. Sed si mavult etiam prius quam judicio agatur,

(2) Quæ eædem differentiæ liberationum quæ ipso jure et quæ ope exceptionis contingunt, vid. Don. *noster ad L.* 5. *C. de pact. n.* 3. *et seqq.*

obligationem tolli ipso jure, et hoc quæritur, quomodo fiat: sciendum est, quæ iisdem modis contrahitur, quibus civilis justa, eam iisdem quoque modis in contrarium versis quibus illa, dissolvi. Quare et hoc ex parte huc assumetur.

C A P. IV.

De obligatione civili justa. Quæ sit: Quam longe pluribus ex caussis cuique imposita, quam illis quatuor; Contractu, Quasi contractu, Maleficio. Et breviter, Quæ ejus genera summa. Ac primum de obligatione inter privatos et Remp. Inter parentes et liberos; Inter libertum et patronum solo pietatis jure sine contractu aut maleficio constituta.

Civilis et justa, quæ plenam habet præstationem, sola et proprie et vere dicta, obligatio. I.

Civilis unde dicta, et quo sensu accipienda. II.

Obligationum divisio Justinianea quadruplex ex quatuor caussarum generibus ducta. Accuratior alia obligationum partitio, et quæ. III.

Quædam ex parte publica, et ex parte privata; et quid hæc ex utraque explicatur. IV.

Quædam plene privata; et hæc iterum principalis, et accessoria: exempla utriusque. V.

Principalis aut ex conditione sola personæ, aut ejus facto nascitur. VI.

Ex conditione personæ solo pietatis jure nata constituitur inter patrem et filium; patronum et libertum. Cur non æque inter uxorem et maritum. VII.

Pater filiæ, si hæc sit in illius potestate, dotem debet ex jure civili; sin, debet jure naturali. VIII.

Item egentibus liberis alimenta debet. Nomine liberorum et parentum qui veniant. Quid alimenta contineant; et quis horum modus et ratio. IX.

Liberi, et quidem omnes, qui eo nomine continentur, debent alimenta parentibus, ubi indigeant, et quidem omnibus. Idem in parentibus, qui et in liberis alimentorum modus. X.

Quod Judicis officium in petitione alimentorum. XI.

Item debent illi parentibus honorem et reverentiam. Quatuor huic reverentiæ civili jure attributa; et quæ illa, et quatenus exigantur. XII.

Libertus præstare debet alimenta patrono, ejusque liberis et parentibus. Eadem hic obligatio, quæ liberorum in parentes; idemque Judicis officium. XIII.

Quatenus alimenta patronus liberto præstare teneatur. XIV.

Obligatio alimenta præstandi, et reverentiam una cum persona, quæ debet, aut cui illa debentur, extinguitur XV.

1. Cum utrique obligationi superiori tantum desit ad plenam præstationem ejus quod debetur, quantum diximus: apparet eam solum proprie obligationem esse, quæ civilis est justa, civilem simul et naturalem in se continens, quam eamdem civilem cum re vocamus. Hæc enim est sola, quæ plenam et veram istam necessitatem præstationis habet. Ea est autem, ex qua jure civili ejus petendi et exigendi nomine, quod debetur, ultro actio competit, et cum effectu, id est sine ulla perpetuæ exceptionis remotione. Sic enim fit, ut cogi possit quid præstare, qui id debet, si superiora hæc concurrant. Inde, ut dixi, hæc sola proprie dicta obligatio; reliquæ magis per abusionem, ut est in *L. fidejussor obligari*, 16. *§. fidejussor, de fidejussor.* Ac propterea etiam ex hac proprietate in usu juris frequenter obligationis verbum, etiam cum per se ponitur, isto modo usurpatur, nec de alia potest accipi. Quo sensu illud dictum est ab Ulpiano, nudam pactionem non parere obligationem. *L. jurisgentium. §. sed cum nulla, D. de pact.* Cum hoc sentiat nudam pactionem non parere actionem, ut *§. seq.* interpretatur. Quomodo et accipitur obligatio apud Justinianum in toto tractatu obligationum, ut in definitione obligationis ostendi. Atque hanc solam proprie obligationem dici, quæ istam vim, et necessitatem exigendi habet, ex verbis debitoris et creditoris, inter quos consistit obligatio, facile potest intelligi. Inde enim debitor definitus, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor, D. de verb. signific.* Quod non fit, nisi actione. Atque hinc rursum ex adverso creditores ii solum, qui actionem habent, quæ exceptione per-

petua summoveri non possit. *L. creditor. L. creditores, D. de verb. signif.* Atqui scimus esse aliquid, quod debeatur tantum natura; cujus nomine cum nulla competat actio; nullo modo etiam ab invito potest exigi, ut in naturali obligatione constitit. Quod si hic debitor est, qui ita debet: erit utique et creditor, cui ex ista caussa debebitur: quia et hic in obligatione naturali iidem debitoris secutus est. *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. jur.* Fidem autem alterius sequi est credere. *L.* 1. *D. si cert. pet.* Sed superius illud utrumque ex illa proprietate verbi, quam sæpe hic commemoramus, dictum est. Is enim debet, qui obligatus est. Proprie autem obligatus is cum quo agi potest, ut possit ab invito pecunia exigi. Proprie igitur et hic solus debitor. Cui si ex adverso respondet nomen creditoris, necesse est et eum proprie creditorem intelligi, qui pecuniam potest a suo debitore, id est, ab eo quem sibi obligatum habet exigere. Quod is solus facere potest, qui actionem habet, et eam, quæ non metuat exceptionem.

II. Ut sit ex obligatione hæc actio, jure civili efficitur, quo actio eo nomine constituta est. Unde et generaliter civilis obligatio dicta, quæ hanc actionem habet, et hoc sensu distincta a naturali. *L.* 1. *de novat. d. L. fidejussor*, 16. §. *fidejussor, de fidejussor. L. servi, de obligat.* et *action.* Sed sciendum est civilem ita dicere nos, cum jus civile generaliter accipimus, ut contineatur hoc verbo et prætorium, ut fit in §. *constat. Instit. de jur. nat. gent. et civil.* Alioqui cum jus civile specialiter accipitur, distinguiturque a prætorio, ut sæpe in usu juris, veluti ex professo in *L. jus autem, D. de justit. et jur* si ex hoc sensu loqui volemus, eveniet, ut ea ipsa, quam generaliter vocamus civilem, fiat duplex, civilis et prætoria. Quia omnis quidem obligatio hujus generis actionem ex jure habeat; sed alias jure civili constitutam, alias jure prætorio, seu edicto prætoris. Atque hinc nata illa divisio obligationum, quæ statim initio ponitur apud Justinianum, ut aut civiles sint, aut prætoriæ. §. 1 *Inst. de obl.* Cujus non alium usum et scopum esse sciamus, quam hunc, quem dixi, ut indicet illam demum obligationem veram esse, quæ et jure civili confirmata est, ut hinc actionem habeat ad exigendum quod debetur, constitutam tamen vel eo jure civili, quod specialiter ita dicitur, vel jure prætorio.

III. De hac obligatione eadem illa quærimus, quæ supra. An sit hæc obligatio: Si est, quid contineat, quamque vim habeat: Tum quibus modis dissolvatur. De his semel et in universum ne in hoc quidem genere dici potest. Variantur hæc, prout est genus obligationis: genera ex caussis, ex quibus unaquæque obligatio oritur. Caussas obligationis quatuor Justinianus posuit in §. *ult. Inst. de obl.* contractum, quasi contractum, maleficium, quasi maleficium. Et sunt quidem hæ caussæ in maxima parte obligationum: sed (1) ad omnes obligationes

(1) Neminem hactenus reperi, qui itidem, ut noster, caussas quatuor obligationum, contractus quasi contractus etc. insufficientes arguat, exceptu Walth. 2. *Misc.* 31. qui tradit esse obligationes quæ proprio jure oriuntur, nec ex contractu vel quasi, nec ex maleficio vel quasi descendentes. Ut quod pater tenetur filium dotare, non est, ait, ex contractu etc. sed ex præcepto legis. Idem esse dicit in obligatione necessarii heredis. Itemque casum ubi quis obligatur nec ex contractu, etc. sed ex sola æquitate, esse in *L. si et me* 32. *de reb. cred.* Sed tueri possumus Imperatorem ac receptam caussarum obligationis partitionem: Aut enim onera sunt obligationi affinia, aut obligationes naturales potius quam civiles, de quibus noster *h. Cap.* Obligationem publicam, si proprie talis est, sine vitio tamen omisere Imperator et IC. Cajus in *L.* 1. *de O. et A.* quando jus privatum exponunt et tractant. Quin dici posset, nec illic obligationem esse sine consensu ac conventione, quia qui se civem gerit, eo ipso in leges civitatis consentit, iisque se subjicit. Lex enim communis Reipublicæ sponsio *L.* 1. *de LL.*: vid. *supra Lib.* 1. *Cap.* 16. A. 6. Unde legem contractum esse pluries inculcat Vasq. *Lib.* 1. *ill. Contr. C.* 28. *n.* 12. *et C.* 44. *n.* 5. *et Lib.* 2. *C.* 52. *n.* 10. *et C.* 55. *n.* 3. *ac passim.* Et Aristot. 1. *Rhet.* pactum legem vocat ac legem pactum. Lex est pactum publicum: Pactum Lex privata, Rad. Forneri. 3. *Rer. Quotid.* 14. Obligationes autem illas ad dotandos, alendosque liberos, civiles non esse patet, quia obsistit mera juris civilis ratio, fictio videlicet unionis, quæ patrem filio, et vicissim, nihil civiliter debere sinit. Ac licet eadem præstandi præcise sit necessitas, non tamen actione civili et ordinaria, petuntur, sed judicis officio. Io. Bapt. Pontan. *de alim. C.* 1. *n.* 6. Io. Petr. Surdus *de alim. Lib.* 3. *Q.* 1. Nec hic juris civilis regulas attendimus, quæ litem ac judicium civile inter patrem et filiumfamilias consistere non permittunt *L.* 4 *de judic.* Sed ipsam veritatem naturæ. Surd. *d. Q.* 1. *n.* 4. et 5. Qui tamen non recte *n.* 12. *et seqq.* eadem nec naturali obligatione deberi contendit, licet naturali quadam ratione et æquitate a natura insita, ex qua officium judicis, quod ex æquitate descendat etiam sine naturali obligatione quod probari non potest. Certe caussa omnis hujus obligationis est ratio pietatis *L.* 1. *pr.* de

non pertinent. Neque enim omnes ex his caussis. Arcessenda igitur paulo altius hujus generis partitio, quæ omnes obligationes, quas jure constitutas legimus, earumque caussas complectatur. Atque hinc initium duci oportet. Obligationum quibus privati aliis tenentur, quædam est ex parte publica; quædam plane privata.

IV. Ex parte publica, qua privati obstringuntur Reipublicæ, ut Reipublicæ. Privata, qua privati privatis obligantur. Est enim, quod omnes Reipublicæ at patriæ ex qua sunt, aut in qua versantur, ut Reipublicæ debeant. Est, quod privati debeant privatis. Reipublicæ, seu civitati ut civitati debent omnes, quæ pertinent ad juvandam rempublicam rebus necessariis. Ea sunt duo; intributio patrimonii ad sumptus necessarios reipublicæ ferendos, et opera. Intributio in muneribus, quæ dicuntur patrimoniorum: opera in reipublicæ administratione: administratio aut in honoribus suscipiendis, qui deferuntur, aut in muneribus publicis personarum, quæ imponuntur, obeundis. Hæc obligatio erga rempublicam non nascitur civibus ex ullo eorum contractu aut maleficio: sed solum hoc ipso, quod sunt cives; et respublica est, quæ ista exigit. Unde igitur? ex ea pietate, qua omnes patriæ obstricti sumus. L. 2. *D. de just. et jur.* Quæ deinde sancita est legibus, et jure publico. Sed quoniam totum hoc quod hic debetur, proficiscitur ex eo jure, quod patria et respublica adversus privatos sibi vindicat; ideo hac parte ad jus publicum pertinet. Quamobrem et ad id a nobis remittetur. Sic tamen, ut hoc loco monendi fuerimus, et meminisse oporteat, obligationem in his, qui debent, esse privatam, ut hoc quoque loco attingi debuerit, ne nihil videatur ad privatos pertinere. Hic enim non respublica obligatur; sed singuli pro se quisque superiora ista reipublicæ præstare debent. Sunt et aliæ caussæ, quibus proprio quodam jure, quid debetur reipublicæ ex privilegio, de quibus et in juris publici explicatione opportunius dicetur.

V. Privatam obligationem esse dixi, quæ est inter privatos, seu qua privati privatis obligantur. Ne hæc quidem statim ex contractu aut maleficio. Ita enim duplex est. Quædam ex persona ipsa obligati nascitur; quædam ex persona alterius. Utraque caussis et effectis distincta. Priorem principalem; posteriorem adventitiam seu accessoriam possumus appellare. Ut, cum quis mutuum accipit, aut stipulanti quid promittit, obligatur ex persona sua, et quidem principaliter, ubi obligatio ex alia præcedente non pendet. At cum dominus tenetur ex contractu aut maleficio servi, cum pater ex contractu filii, et similes ex aliena obligatione; hic obligatio est ex persona alterius, adventicia et accessoria. Quam nemo dixerit domino aut patri nasci ex ipsius contractu aut maleficio. Sed etsi sit aliqua accessoria ex contractu ejus, qui accessit præcedenti obligationi, habet tamen ea obligatio multa propria distincta a principali obligatione, sive de obligatione contrahenda agatur, sive de potestate, et dissolutione ejus obligationis. Merito igitur hæc genera distinguenda, et ita statuenda, ut de his separatim atque ordine dicatur.

VI. Principalis obligatio quæ est, quæ eadem nascitur primum ex obligati persona inter privatos, ne hæc quidem continuo ex contractu aut maleficio. Sunt in hoc genere, qui conditione ipsa personæ sine ullo facto obligentur aliis, et quid præstare debeant, ac jure et judicio cogantur. In quo nullum contractum, quasi contractum, aut maleficium intervenire apparet: cum omnia hæc sint facta, ex quibus obligatio oritur. *d. §. ult. Inst. de obl.* Sit igitur potius prima hæc divisio, ut omnis hæc obligatio pri-

de obseq. L. 4. in fi. C. de pa. pot. quæ juris naturæ est *supra Cap.* 2. *n.* 9. affectus paternus *L.* 5. §. 14. *de agn. lib.* ratio naturalis *d. L.* 5. §. 16. ipsa natura *L. ult.* §. 5. *C. de bo. quæ lib.* Plutar. *lib. de Homero f. m.* 64. Parentes a liberis ali naturæ Lex jubet. Unde contra naturales stimulos, contra jus naturale contra pietatem facit, alimoniam injuste denegans. vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 1 *pag.* 5. *et* 6. scite Martin. Coler. *Lib.* 1. *de alim.* C. 2. *n.* 4. *et seqq.* Ac licet leges quoque alendos liberos imperent. *d. L. ultim.* §. 5. ac juri naturæ quasi suppetias ferant, non ideo tamen obligatio civilis redditur, nec informatur ea a jure civili, sed effectus illi accommodantur. vid. *supra ad Cap.* 2. *not.* 15. Coler *d. C.* 2. *n.*

8 Denique si maxime hic obligatio civilis agnoscenda esset, dicendum tamen foret eam vel ex contractu matrimonii, vel ex delicto parentis proficisci, alimenta soboli indigne negantis, vel vicissim, quo ipso necare videtur. *L.* 4. *de ag. lib.* Quod si ea libens præstet; non ex civili obligatione (neque enim tum ulli remedio aut exactioni civili locus) sed affectu naturali et igniculis pietatis natura inditis compelli. Sed nec Walt. objecta urgent. Nam obligatio necessarii heredis non est nova, sed vetus, ex summi juris ratione. vid. *supr. Lib.* 7. *Cap.* 2. *n.* 12. *et seqq.* In specie vero. *L.* 32. *de reb. cred.* obligatio non quidem ex contractu mutui, sed ex quasi contractu negotii gesti *L.* 2. *de neg. gest.* ut recte noster ibidem.

vata qua quis ex sese tenetur, non aliunde, aut ex conditione sola personæ constituatur inter aliquos, aut ab externo aliquo facto nascatur.

VII. Conditione personæ sine ullo facto, ac proinde sine ullo contractu aut maleficio, quarundam rerum obligatio et præstatio a natura profecta jure civili constituta est inter patrem et filium, libertum et patronum, solo pietatis jure, quod inter has personas intercedit. Non habeo in hoc numero maritum et uxorem, non quod pro conjunctione quæ inter ipsos est, alter alteri egenti (2) alimenta non debeat: sed quod si qua est hic obligatio, hæc nascitur ex contractu, nuptiis inter ipsos eorum consensu et voto summam rerum atque officiorum communicationem inducentibus. *L. 1. D. de ritu nupt.* De quo dicetur postea in hac specie societatis libro sequenti.

VIII. Parens liberis ex hoc jure duo debet: dotem, et alimenta. Obligatio ex æquitate caritateque sanguinis, ut est in *L. si quis a liberis. §. 1. D. de agn. lib.* Quid contineat quamque necessitatem præstationis habeat, videamus. Et parens filiæ ex constitutionibus dotem dare debet, hanc tamen non quivis parens, sed is qui filiam habet in potestate. *L. capite. D. de rit. nupt.* Cæteri parentes natura dotem debere existimantur: jure civili non debent, ut dixi in obligatione naturali. Hæc obligatio in patre qui filiam in potestate habet, vere civilis est, qua scilicet ille adstringitur necessitate dotis præstandæ. Desiderante enim filia, (3) cogitur pater per præsides provinciarum, id est eos magistratus, qui summum imperium habent in jurisdictione, filiam in matrimonium collocare et dotare. *d. L. capite. de rit. nupt.*

IX. Alimentorum obligatio plenior. Parens liberis suis egentibus (4) alimenta, et omnia quæ ad exhibendos, et educendos liberos pertinent, jure præstare cogitur. Hæc summa juris in *L. si quis a liberis*, in princ. et *§. non tantum, de agnit. lib. L. ult. §. ipsum autem*, et *§. filiis autem*, in fin. *C. de bon. quæ lib.* Debet ergo parens. Hoc generaliter, quisquis est parens; ut debeat non tantum pater, sed et (5) mater, si pater non præstat. Et si hi non sint, aut non præstent, debeat avus non tantum paternus, sed etiam (6) maternus, *d. L. si quis a liberis. §. 1.* in fin. et *§. seq.* in princ. *§. si mater.* Debet parens liberis. Hos quoque generaliter accipi volumus, ut debeat non tantum filiis aut nepotibus; sed et filiabus et reliquis

(2) Late hac de re Coler. *Lib. 1. C. 10.* Jo. P. Surd. *de alim. Q. 32. et seq.* et de exceptionibus contra hoc mariti, *tit. 7. Q. 16. et seqq.* Quando gener vel nurus socerum alere debeat, Surd. *ibid. Q. 39.* quando privignus novercam, vitricus privignos. ibid. Q. 40. *seqq.* Coler. *Lib. 1. C. 4. n. 23. et seqq.*

(3) *L. 6. de coll.* Debetur pariter donatio propter nuptias filio *L. ul. Col. de dot. promiss.* Gomez. *in L. Taur.* 50. *et* 3 *seq. n.* 10. Vid. de hac necessitate dotandi A. Guib. *de dotib.* 3. Paul. Cypræ. *de sponsal. C. 6. §. 2. n. 7.* Ant. de Padilla *ad auth. res quæ C. Comm. de leg. n. 42. et seqq.* Pro modo vero facultatum constituenda et quæ congrua, ne filiæ conquerendi caussa sit, vid. Menoch. *arb. C.* 149. Quod si legibus municipalibus certa mensura dotis constituta, non inspicitur locus contractus celebrati, sed domicilii mariti, Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 3. *n.* 20. Mater at avus maternus quando dotare cogantur, Tiraq. *de Jur. primogen.* Q. 62. Menoch. *arb. Ca.* 460. Frater quoque sororem utrinque conjunctam, si egena sit, dotare cogendus *L. 12. §. pen. de admin. tut.* Padilla *d. loc. n.* 62. Tiraq. *d.* Q. 62. Lex Atheniensium ducendi vel dotandi pauperculas mulieres injungebat proxime agnato, qui idem, si dives foret illi heres fieret, ut ex Demosthen. et Terentio probat. P. Fab. *ad L. 10. de R. I. pag. m.* 66. Matrem quoque a filio dotandam si juvenis sit et pulcra tradit Tiraq. *in L. connub.* 2. *n.* 9. Quid si filia locuples? Hanc dotandam esse non minus, post alios A. Guib. *d. C. 3. n.* 13. *et seqq.* Contra Fachin. 10. *Contr.* 38. Non autem dotanda quæ indigno nupsit, Tiraq. *Tr. Coss. Ca. lim.* 22. *n.* 10. nec quæ inscio patre et si non indigno, A. Guib. *d. C. 3. n.* 19. *et seq.* licet contradicat, volens quoque quæ et patre inconsulto, modo non indigno, nupsit dotandam, Covar. *de matrim. P. 2. C. 3. §. 8. n.* 8. Nec quæ ingrata vel a Christiana religione descivit, Guib. *d. C.* 3. Ex his vero apparet non recte nostrum necessitatem dotandi tribuere iis solis qui in potestate habent.

(4) De quo tractatus Jo. Bapt. Pontani et Martini Coler. *de alim.* plenissimus autem tractatus Jo. Petri Surdi. Quædam etiam P. Frider. *Lib. 2. de Mandat. Jud. C.* 54.

(5) An et quando mater alere teneatur? Valasc. *Consult.* 92. Jo. Bapt. Pontan. *de alim.* C. 8. Coler. *Lib. 1. de alim. C.* 6. Io. P. Surd. *de alim. tit. 1.* Q. 14. ubi et de lactatione filiis a matre ipsa præbenda, de quo, quod aliis non committenda, pulcre Plutar. *de lib. educ.* Favorin. *apud.* Agell. 12. *Noct.* 1. Ant. de Guevara *in Horolog. Princ. Lib. 2. C.* 23. Michel Hospital. *Lib.* 3. *Epist.* 2. Tiraq. *de Nobil.* C. 20. *n.* 78. *et seqq.* Quando mater alimenta impendens donasse censeatur, Menoch. *arb. Ca.* 88. *n.* 20. *et seqq.*

(6) Vid. Coler. Lib. 1. *C.* 8. Jo. Petr. Surd. *tit.* 1. Q. 12. *et seq. et Q.* 16.

fœminini sexus. Nec tantum iis liberis, quos in potestate habet, sed etiam (7) quos non habet: puta emancipatis, vel ex alia caussa sui juris constitutis. ead. *L. si quis*, in princ. et §. 1. Hinc placet matrem alere debere filium et filiam etiam (8) vulgo conceptos. Quod non item a patre exigitur, sed solum ut alat, quos apud judicem constiterit ex justis nuptiis procreatos. ead. *L. si quis* §. 1. in fin. et §. *item*, *seq.* Hoc ideo, quia mater undecumque conceperit, semper est certa. Pater autem quia nobis incertus, idcirco solum pro tali habetur is, quem nuptiæ demonstrant. *L. quia*, *D. de in jus voc.* Sed debet alimenta parens liberis egentibus idest his, qui nec habent in bonis, unde se alant, nec didicerunt artificium, unde idonee (9) victum quærant, ut accidit adolescentibus et pueris, aut si didicerunt, ea sunt valetudine, ut operis sufficere non possint. *d. L. ult.* §. *ipsum autem*, *C. de bon. quæ lib.* ead. *L. si quis a liberis*, §. *item Divus.* Debet parens liberis non tantum præbere alimenta, verumetiam cætera quoque onera liberorum ferre, ut est in ead. *L.* §. *non tantum.* Cætera onera accipere debemus omnia onera necessaria ad alendos et exhibendos, idest educendos, liberos. Hoc enim solum continet hæc obligatio, ut ali et exhiberi liberi a parente debeant, ut proponitur in principio ejusdem *L. si quis a liberis.* Itaque alimentorum verbo in superiore loco specialiter intelligere oportet cibaria, idest esui, potuique necessaria. Cæterorum autem onerum appellatione omnia reliqua, quæ generalius alimentorum verbo continentur. In quo numero est (10) vestitus habitatio, ægroti cura. Quæ ad (11) disciplinam pertinent, non continentur. *L. legatis*, *D. de alim. et cib. leg.* *L. verbo victus*, *D. de verb. sign.* Quæritur alimentorum modus. Hæc vero non ita sunt, ut quantum liberi petunt, tantum his indulgeatur; neque rursum parens præbeat, quam minimum potest. Sed constituuntur alimenta a judice pro modo facultatum patris, quod totum a judice de ea re cognoscente æstimabitur. ead. *L. si quis a liberis*, §. *item Divus*, et §. *si quis ex his.* Hujus præstationis vere obligatio civilis; et ea, quam in hoc genere statuimus. Petit enim filius alimenta per judicem. Constituuntur a judice pro modo facultatum patris. Quod si non præstentur, pignoribus captis et distractis cogitur pater sententiæ satisfacere. ead. *L. si quis* §. *si quis ex his.* Quæ et forma in reliquis judiciis observatur. *L. 1. C. de exsec. rei jud.* Una defensio est patri, ne filium quamvis agentem alere cogatur, si dicat eum de se male (12) meritum; ut si filius detulerit, accusarit patrem, aut aliqua inju-

(7) Non autem filio adoptivo extraneo, quia id onus est patri naturali. *L. pen. pr. C. de adopt.* Et per *d. L. pen.* §. 1. *vers. sed si quidem* ibi: *in hoc tantummodo ei prodesse volumus etc.* Fach. 12. *Contr.* 60. Diss. Mart. Coler. *Lib* 1. *de alim. C.* 4.

(8) De alimentis filio naturali debitis, vid. Jo. P. Surd. *tit.* 1. Q. 9. Martin. Coler. *d. Lib.* 1. *C.* 3. Sporii et incestuosi quomodo alendi jure Canonico etiam in terris imperii servando, Surd. *d. tit.* 1. Q. 10. Coler. *d. C.* 3. *n.* 8. *et seq.* Gomez. *ad L. Taur.* 9. *et* 3. *seqq. n.* 37. *et seq.* Covar. *de matrim. P.* 2. *C.* 8. §. 6.

(9) Non si manibus suis victum parare possit, Tiraq. *de L. primig.* Q. 75. *n.* 2. Coler. *Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 79. *et seqq.* Excipit Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 104. nisi nobilis sit, ejusve conditionis, quem non deceant operæ serviles.

(10) Vid. Gœd. *ad d. L.* 43. *et seq.* Scip. Gentil. *lib. de alim. ad Orat. D. Marci C.* 2. fuse Jo. P. Surd. *de alim. tit.* 4. per aliquot priores QQ. Coler. *Lib.* 2. *de aliment. Cap.* 1. Objic. Immo habitatio et vestitus alimentorum verbo non continentur. *L.* 8. §. 12. *de transact.* Resp. Quando et alienatione et remissione alimentorum agitur, ut *d.* §. 12. angustior significatio, ut in materia odiosa, ut ad cibaria coarctatur. Alias, et in materia benigna, plenior interpretatio. Cujac. *ad d. L.* Baro *ibid.* P. Fab. *ad L.* 12. *de R. I. pag.* 81. Goth. *in not. d. L.* 6. *de alim. leg.* Menoch. *arb. Cas.* 170. *n.* 28. *et seq.* Baron. 1. *ass.* 47. Aliter Gœd. *ad d. L* 44. *n.* 7. *et* 2. *seqq.*

(11) Intellige institutionem liberalium artium. Institutio autem opificii, qua victus quæritur, continetur, *L. ult. C. de alim. pup. præst.* ita Gœd. *ad L.* 44. *de V. S. n.* 10. Menoch. *Cap.* 501. *n.* 8. teneri patrem ad erudiendum filium vel imbuendum aliqua arte per *L.* 4. *Ubi pup. educ.* alias, ait, filius patri deinde indigenti non debet vitæ necessaria subsidia, per quam artem nullam eductus, et Coler. *Lib.* 1, *C.* 5. *n.* 51. Non autem cogi patrem sumptus studiorum filio subministrare. post Bart. *in L.* 6. §. 5. *de Carb. ed.* Padilla *ad auth. res quæ C. Comm. de leg.* *n.* 92. Gomez. *in L. Taur.* 29. *n.* 18. Contra tamen videtur dicendum, si facultates patris patiantur et circumstantiæ alia id suadeant, per *tex. d. L.* 6. §. 5. *et arg. L.* 4. *Ubi pup. educ.* vid. Jo. Bapt. Pontan. *de alim. C.* 7. *n.* 4.

(12) Caussas plures ex quibus alimenta negantur, habent Jo. P. Surd. *de alim. tit.* 7. Jo. Bapt. Pontan. *de alim. C.* 5. Vid. Menoch. 4. *Præsumpt.* 191. *n.* 14. *et seqq.* Quid si ad alimoniam præstita filius luxuriose prodegerit? Non cogi patrem iterum præstare vult Vasq. 1. *ill. Contr.* 35. *n.* 14. *et seq.* 1.° Quia culpa illi filio, suo auctori, non patri, nocere debet. 2.° Quia obligationi

ria eum affecerit, ead. *L. si quis a liberis*, *§. si quis ex his*.

X. Liberi vice mutua parentibus conditione ipsa personæ eadem illa alimenta debent. Hoc amplius proprie honorem et reverentiam. De alimentis jus comprehensum. ead. *L. si quis a liberis*, in pr. *d. L. ult. §. ipsum autem*, *C. de bon. quæ lib.* Hoc et (13) sola pietatis ratio natura exigit, quæ et hujus obligationis caussa est. ead. *L. si quis §. si mater* in fi. et *§. parens*, in pr. Hæc debent liberi sine ullo discrimine, sexus, gradus, familiæ, ætatis, ordinis. Debet filius: debet (14) et filia. *L. filia. C. de patr. pot.* Debent filii: debent et nepotes: nec interest, sintne in potestate et familia parentum eorum, de quibus alendis agitur, an non sint, ead. *L. si quis a liberis*, §. 1. Impubes adeo, quanvis emancipatus patrem alere cogitur. ead. *L. §. non tantum*. Sed et miles; quanvis ea sit militis conditio, cui multa ex privilegio tribuantur constitutionibus. ead. *L. §. si mater*, in fin. Hæc debent liberi parentibus, et bis item omnibus, sine exceptione, ut patri, matri, avo paterno et materno, itemque aviæ similiter paternæ et maternæ. Quod et ex priore illo efficitur. Non est enim filius nisi patri aut matri, nec nepos nisi avo aut aviæ. ead. *L. §. 1.* Sed debent eadem illa conditione, qua parentes liberis, si parentes egeant. ead. *L. §. non tantum*, *d. L. ult. §. ipsum autem*, *C. de bon. quæ lib.* Debent parentibus alimenta, cæteraque omnia, quæ alendis et exhibendis parentibus necessaria sunt. ead. *L.* in pr. *Æs* alienum parentum exsolvere non coguntur. ead. *L. §. parens*. Alimentorum modus idem, qui supra in obligatione parentum, ut constituantur hæc pro modo facultatum filii. ead. *L. §. si quis ex his*. Necessitas præstationis in judicio, et cogendorum ad hanc præstationem liberorum ratio eadem *d. §. si quis ex his*, et *§. non tantum*, *seq.*

XI. Quæritur in utraque hac obligatione et petitione alimentorum, quoniam hæc non debent nisi parentes liberis, liberi parentibus, quid judicem de alimentis præstandis aditum facere oporteat, si vel parens neget filium, ideircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem. Atque hoc quæritur, possitne judex de ea quæstione cognoscere, atque ita de alimentis decernere; an vero debeat remittere rem ad præjudicialem actionem. Movet dubitationem, quod cum agitur de liberis cognoscendis, id est de eo, an quis sit filius, necne, pater aliquis necne, agitur præjudicio, seu præjudiciali actione. *§. præjudiciales*, *Inst. de act.* Quo in judicio sententia jus facit non tantum inter easdem personas, inter quas actum est; sed et inter omnes alios, inter quos quandoque de eadem re movebitur quæstio, fuerinte filius Lucii Titii is, qui talis pronunciatus est, et contra. *L.* 1. in fin. *L. 2. L.* 3. in pr. *D. de lib. agnosc.* Atqui hoc ipsum quæritur, cum vel parens negat filium suum esse eum, qui alimenta desiderat; vel filius parentem. Quare videri potest et de eo præjudicialis actione prius agendum, ut cum de eo constiterit, sic deinde ex ejus judicii eventu de alimentis in utramque partem statuatur. Sed aliter Ulpianus, in *d. L. si quis a liberis*, *§. si vel parens*. Vult judices de alimentis aditos in hac controversia etiam de conditione personarum cognoscere debere, et (15) summalim; ut si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubeant. Si non constiterit, nec decernant alimenta. Ne quis autem putaret fieri hoc contra formam juris, quæ in hujusmodi controver-

plusquam semel satisfacere non tenemur, *L. qui bis* 18. *de V. O.* 3.° Nec auxilio legis dignus, qui eo tam prave ante abusus. Diss. post alios nec sine ratione, Martin. Coler. *Lib.* 2. *de alim. C.* 2. *et seqq.*

(13) Vid. P. Fab. 2. *Semestr. pag.* 6. *et* 3. *Semestr.* 13. *pag.* 172. *et seq.* Henr. Steph. *in Jur. Civil. font. et rivis pag.* 14. *et seq.* Hac de re dicebant ἀντιπελαργεῖν. Et hinc πελαργικοὶ νόμοι, quasi dicat. Ciconariæ leges, H. Steph. *d. lo. pag.* 16. Hinc Homer. Iliad. IV. v. 746. de Simoisio

. . . . οὐδὲ τοκεῦσι
θρέπτρα φίλοις ἀπέδωκε, μινυνθάδιος δέ οἱ αἰὼν

genitoribus ille rependit,
Non alimenta suis, breve at illi contigit ævum.

De alimentis parentibus debitis fusius Jo. P. Surd. *tit.* 1. *Q.* 17. *et seq.* Pontan. *de alim.* C. 9. Coler. *Lib.* 1. *C.* 5. Alendus autem pater quamvis infidelis vel proscriptus, *Gl. in C. si qui filii* 30. *dist.* ref. Loriot. *ad L.* 8. *de R. I.* et Menoch. *de arb. jud.* Q. 90. *n.* 45.

(14) Mira fuit Ægyptiorum consuetudo, qua filiis parentes alendi nulla, filiabus summa necessitas, de qua Herod. *Lib.* 2 Pompon. Mela *Lib.* 1. *de situ orbis*. Cæterum fratri ditiori alendam sororem inopem volunt DD. per *L.* 4. *ubi pup. educ.* de quo Pont. *C.* 10. *Col. Lib.* 1. *C.* 9. Surd. *tit.* 1. Q. 25, *et* 2. *seqq.* ubi Q. 27. de primogenito, quando fratribus in successione præfertur, quatenus fratres alere teneatur.

(15) De qua probatione filiationis Jo. Bapt. Pontan. *de alim.* C. 3. Martin. Coler. *Lib.* 3. C. 1. *et* 2.

siis præjudicium exigit, quo res pleno judicio djiudicetur, aut etiam injuriam fieri condemnato, quod summaria cognitione dei statu ejus cognosceretur, monet neutrum horum in proposito esse metuendum: quia judex non de statu pronuntiaret principaliter, sed de alimentis, in quorum judicium incideret quæstio de statu: idem in *L.* 1. *C. de ord. jud.* Hinc evenire, ut cum pronuntiaverit judex aliquem ali oportere, ea res non faciat præjudicium idest non faciat, quominus parens aut filius, iterum præjudiciali actione expertus audiatur probare volens se parentem aut filium esse, vel non esse.

XII. Sed et liberi præter alimenta parentibus reverentiam et honorem debent. Iis quidem quorum sunt in potestate, sine controversia. Qui quomodo a filiis pro potestate hoc exigant; et si quid contra factum sit, quomodo in eo jus suum teneant, diximus supra in jure patriæ potestatis, *lib.* 2. *cap.* 25. Sed debent ex æquo omnes omnibus parentibus. Liberi sive sint in potestate, sive non sint, sive masculi, sive fœminæ; parentibus utriusque sexus, idque in infinitum. *L.* 4. *L. filia*, *C. de patr. pot.* *L.* 4. in fin. et. *L. parentes*, *D. de in jus voc.* Quod et ipsum pietatis ratio exigit. Unde qui hanc reverentiam sive patri, sive matri non exhibet, pietatem lædere dicitur in *d. L.* 4. *C. de patr. pot.* Huic reverentiæ atque honori quatuor tributa sunt jure civili. Ne quis parentem in jus vocet sine permissu prætoris. *L.* 4. *L. parentes. D. de in jus vocand.* Ne qua adversus parentem intentetur actio, ne qua sit ab eo postulatio, quæ fraudis vel doli tanquam ab illo admissi habeat mentionem. *L. parens. L. nec servi. L. licet D. de obs. par.* Ne conveniantur parens ultra quam facere potest: *d. L. licet. de obs. par.* Ne qua contumelia aut injuria afficiatur. *L.* 1. *D. de obs. parentum. L.* 4. *C. de patr. pot.* Sed ne quam in hoc debito obligationem similem superiori requiramus, sciendum est hujus omnis reverentiæ obligationem (si modo obligatio proprie dicenda est) multum distare a superiore, atque adeo proprie non esse ex eo genere obligationis, quod nunc quærimus. Debet parens alimenta liberis: debent liberi parentibus. Vere debent, et hujus rei civilis obligatio est. De his, quæ ab invito exigi possunt. Id est ita peti, ut vel parens vel filius necesse habeat ea præstare; quæ est definitio debitoris et obligationis. *L. debitor, D. de verbor. significat. Instit. de obligat.* in princ. At reverentia ista omnis ita debetur parenti, ut nulla hic illi sit actio ad reverentiam exigendam: sed tantum ut si quid jure communi tentet filius adversus eam facere in judicio, facultas ei denegetur: si quid jam fecerit, sit quidem adversus eum actio, sed quæ potius ex delicto nascatur, quam ex conditione personæ. Ut, famoso judicio adversus parentem filius experiri non potest. Quid si hanc actionem instituat? Quoniam judicio nondum cœpto res adhuc integræ sunt, nulla hic alia pœna est, quam ut ei denegetur actio. *d. L. parens. de obs. paren.* Convenitur parens a filio in solidum. Huic conventioni re integra sic occurretur, ut si parens solvendo non est, condemnetur a judice in id solum, quod facere potest. Si in solidum condemnatus sit, nihilominus adversus actionem judicati parens hac exceptione utetur. *L. sunt qui.* et seqq. *D. de re jud. c. argum. in L. maritum. L. ex diverso §. ult. D. sol. matrim.* Si quis autem in jus vocasset olim parentem sine venia prætoris, quasi jam admisso delicto constituta erat actio adversus filium in quinquaginta aureos. *L. penult. D. de in jus voc.* nempe propter ductionem, qua olim qui in jus vocati erant, si sponte non irent, duci poterant, *tit. D. in jus voc. ut eant, vel sat, vel caut, dent.* In quo nonnulla erat contumelia, si quis hunc metum ductionis patri intentasset sine permissu. Quod si qua injuria parentem filius affecerit, est et hic patri actio adversus filium; sed illa communis injuriam, quæ cuivis alii competeret, qui injuriam esset passus. Ut appareat hanc actionem nequam ex conditione sola personæ nasci, sed ex maleficio. Tantum in hac caussa propter personam parentis crescit injuriæ crimen; quod ideo adversus filium qui pietatem læsit, severius vindicatur. *d. L.* 4. *C. de patr. pot. §. atrox. Inst. de injur.*

XIII. Liberti libertæve erga patronum eadem prope obligatio, quæ liberorum adversus parentes. In (16) alimentis plane eadem. Nisi quod libertus alimenta non tantum patrono præstare debet, sed et liberis patroni, itemque parentibus patroni. Cæteris rebus eadem: scilicet ut his alimenta præstare debeat legantibus, constituatur autem pro modo facultatum liberti; et in his eadem sit necessitas præstationis per judicem. Sed etsi cum de alendo patrono quis convenitur, neget is se esse libertum, idem

(16) De quo Jo. P. Surd. *tit.* 1. Q. 51. ut et in seqq. de aliis quibus alendi incumbit necessitas.

faciendum hic quod supra, ut judex summatim cognoscat, an sit libertus, et si libertum esse constiterit, decernat alimenta, nec tamen alimentorum decretum tollat liberto facultatem, quominus præjudicio certare possit, si libertum se neget. Præjudicio idest præjudiciali actione, de qua in §. *præjudiciales, Inst. de act.* Hæc Ulpianus ad istam sententiam in *d. L. si quis a liberis*, §. *solent.* usque ad fin. *de agn. lib.* Aliis in rebus, quam alimentis, etiam liberti obligatio plenior, quam liberorum erga parentes. Debet enim libertus patrono hæc quoque pro ea pietate, qua obstrictus est patrono; obsequium, operas, successionem. Sed et in his non proprie ea est obligatio, de qua quærimus. Nam aut non nascuntur superiora ex sola conditione personæ, ut operæ: aut si nascuntur, ut obsequium, successio, non tamen petuntur ista a liberto, sed obtinentur aliter suis quibusdam modis. Quibus de rebus diximus in jure patronatus, *lib.* 2. *cap.* 17. *et* 18.

XIV. Patronus contra conditione personæ liberto nihil debet. Usque adeo, ut nec necesse habeat alimenta præstare egenti et petenti liberto, etiam si possit. Quod tamen sic accipiendum est, si patronus omnia alia commoda quæ a liberto esse possunt contemnens statuat apud se omnino libertum non alere. Quod si pœnam huic desertioni propositam spectamus, prope est, ut existimetur patronus ad alimenta liberto egenti præbenda aliquatenus esse obligatus. Placet enim, si liberto petente ea non præstet patronus, amittere et hereditatem liberti, et jam nunc ea quæ libertatis caussa sunt imposita, ut operas, donum, munus. Hæc in *L. alimenta* in pr. *D. de agnosc. lib.* Quod si hæc exigere volet, etiam egenti præstare debebit alimenta. Et quidem de operis ita scriptum est in *L. suo*, 18. et duabus seqq. *D. de op. lib.* suo victu vestituque operas præstare debere libertum Sabinus scribit. Quod si alere se non possit, præstanda ei alimenta a patrono. Aut certe ita exigendæ sunt ab eo operæ, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis temporis ad quæstum faciendum, unde ali possit, habeat. Quod si non fiat, prætorem ipsam patrono denegaturum operarum præstationem.

XV. Quomodo solvantur hæ obligationes, non est difficile ex superioribus intelligere. Cum enim personæ conditio, et pietas, caritasque sola huic generi locum faciat: sequitur, ut eadem conditione personæ manente, perseveret etiam obligatio. Persona autem sublata, una etiam obligatio cum persona exstinguatur, sive is decesserit, cui superiora præstanda sunt, sive is, qui debuit præstare. Ideo rescriptum est (17) heredes filii ad ea præstanda, etiam quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabat, invitos cogi non oportere: cum hac exceptione tamen, nisi in summam egestatem pater deductus sit. *d. L. si quis a liberis*, §. *parens. eod. tit.* Unde intelligimus ne in hac quidem summa egestate cogendos alere parentes defuncti, si filius vivus nihil his præstabat.

(17) Ut nec exheredatum juste filium heredi patris alendi sit necessitas. Martin. Coler. *Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 61. *et seqq.* Vidua quando ab heredibus alenda, Coler. *d. Lib.* 1. *C.* 11.

CAP. V.

De caussis quatuor receptis obligationis privatæ principalis, Contractu, quasi contractu, Maleficio, quasi maleficio. Hujus divisionis usus. Has caussas quatuor recte statui solas. Non repugnare obligationem ex pollicitatione, et voto, non divisionem Caii, quæ extat in *L.* 1. in pr. *D. de obl. et act.* Non divisionem Modestini. quæ traditur in *L. obligamur*, 52. *D. eod.* et de ea quid sentiendum. Ad extremum demonstratio adhibita, cur ex superioribus factis quatuor omnium obligationum, quæ ex facto sint, caussæ ducantur.

Transitio, et divisionis superioris continuatio. I.

Obligationum caussas, seu facta, ex quibus nascitur obligatio, esse quatuor; et quæ hujus partitionis usus. II.

Quadruplex illa partitio recta et plena, etsi nec pollicitationem contineat, nec votum. Et quare. III.

Cum illa Caii divisio, quæ est in L. 1. *in princ.* D. de O. et A. *tradita consentit, et quomodo.* IV.

Modestini divisio quæ est in L. 52. *in princ.* D. de O. et A. *non modo superiore Justinianea inferior, sed multis partibus vitiosa. Quinque in illa peccantur, et quæ.* V. VI. VII. VIII. IX. X.

Superior, et recepta Justiniani et Caii divisio retinenda. XI.

Caussas ista, et genera omnia obligationum complectitur; et quomodo. XII.

I. Cum a superioribus personis discesserimus, et earum rerum præstatione, quas supra diximus, tum vere dicitur nullam obligationem privatam, quæ quidem ex persona obligati nascitur; non aliunde obligato nasci, quam a facto aliquo præcedente, quod obligationi caussam præbeat.

II. Recte item dicitur, ea facta esse hæc quatuor, quæ apud Justinianum posita sunt in §. *ult. Justit. de obl.* totidem scilicet obligationum caussas. Contractum; quasi contractum; Maleficium; quasi maleficium. Cujus divisionis usum hunc perpetuo in promptu habere debemus, ut quoties petetur aliquid tanquam debitum, quæreturque an inter privatos, qui conditione personæ nihil eorum debeant, quæ ante diximus, sciamus ex hac divisione judicium fieri debere, hoc modo: ut si quod factum ex his generibus intervenit, sit obligatio, et quod inde debeatur: si nihil eorum intervenit, meminerimus extra has caussas non esse obligationem, eoque nihil deberi. Qua eadem ex re fieri intelligemus, ut et illic peti possit judicio, quod debetur; et hic nulla sit actio, nulla petitio Scilicet quia obligatio civilis, quam nunc quærimus, actionem parit, ut dixi: et vice versa nulla sit actio in personam, idest de eo quod debetur, nisi adversus obligatum, eoque nisi ex obligatione. §. 1. *Inst. de act. L. actionum. D. de obl. et act.*

III. Sed hæc ita, si modo non plures sint caussæ obligationum constituendarum in hoc genere, quam superiores quatuor. De quo quia vel propter alia quædam facta, vel propter alios locos dubitari potest, danda est opera jam statim a principio, ut adversus eas dubitationes hæc nobis divisio recte constituatur. Ac primum duæ sunt obligationum caussæ in facto obligati positæ; quæ tamen superiore divisione non continentur, pollicitatio, et votum. Pollicitatione obligamur reipublicæ certis conditionibus. *L.* 1. *D. de poll.* Voto obligamur Deo, eoque et reipublicæ quæ votum exigit. *L.* 2. §. 1. *D. eod.* Neutra tamen harum caussarum ad ullum ex superioribus generibus quatuor pertinet. Id quod si constabit de pollicitatione, constabit etiam de voto: quoniam votum nihil aliud est, quam pollicitatio, qua voventes quid pollicemur Deo. Ac pollicitationem maleficium non esse, aut quasi maleficium constat. Quid enim delinquit, qui de suo largitur? Nihilomagis, quam qui donat, aut contrahit. Sed nec quasi contractus est. Etsi enim in utroque genere unius obligati factum versatur; nemo tamen in quasi contractu quod facit, ideo facit, ut obligetur, ut dicetur in genere. In pollicitatione contra ideo quisque pollicetur, ut præstet, quod pollicetur, eoque tantum pertinet polliceri. Multo minus pollicitatio est contractus. Nam contractus est duorum pluriumve in idem consensus, ut dicetur suo ordine. Pollicitatio autem est solius offerentis promissum. *L.* 3. *D. de poll.* Non ergo omnes caussas obligationum continet superior divisio, faciendumque videtur, ut et quintum genus adjiciamus, quo duo ista contineantur

tur. Et fatendum est non contineri ista superiore divisione. Sed non eo minus recta est et plena divisio, si hoc statuerimus, divisionem poni debere in obligatione privata, quæ ex facto nascatur, quo et a nobis nunc refertur. Hoc genus obligationis ex superioribus caussis quatuor tantum nascitur; ex pollicitatione nullo modo. Nemo privatus pollicendo se quid privato præstiturum (1) pollicitatione obligatur. Certi enim juris est, nec ex pacto actionem nasci. *L. juris gentium. §. quinimo, D. de pact. L. legem. C. eod.* Quanto minus ex pollicitatione; quæ hoc minus continet quam pactum, quod pactum habet duorum consensum; pollicitatio (2) unius tantum offerentis voluntatem? *d. L. 3. D. de poll.* Quod ergo pollicitatione obligatur quis, tunc solum receptum est, cum pollicetur reipublicæ, cui et proprio quodam jure reipublicæ obligatur. Id jus in republica publici juris pars est. Quare et ad jus publicum civitatum ac rerumpublicarum referendum est, et ponendum in ea obligatione, quam ex parte publicam esse diximus. Voti eadem ratio.

IV. Rursum multo plures caussas posuisse videri possit Cajus etiam privatæ obligationis in *L. 1. D. de oblig. et act.* Sic enim scribit: *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis caussarum figuris.* Hæ figuræ ut variæ, ita propemodum innumeræ. Non ergo, dicat aliquis, in his duo tantum ista genera reliqua quasi contractus, et quasi maleficium. Hæc enim nec sunt varia, nec innumera. Immo in his duo tantum genera reliqua de Caii ipsius sententia. Ait extra contractum et maleficium obligationes nasci ex variis caussarum figuris. Recte. Figuras enim vocat formas, idest species, caussarum idest factorum et negotiorum; quæ in contractum, aut maleficium non cadunt. Has species recte dicit esse varias, adde si placet, esse prope innumeras. Species tamen sunt; quas nihil prohibet ad certa et pauca genera referri, quorum et species sint. Quod et in proposito accidit. Ea enim genera sunt hæc in summa duo (3) quasi contractus, et quasi maleficium, de quibus et Cajus sensit. Non expressit hæc quidem in divisione: sed hoc se intelligere, in explicatione divisionis subjecta planum fecit. De his enim variis figuris caussarum agens postea in *L. 5. alias. L. 4. §. 1.* usque ad fin. *D. de obl. et act.* plerisque et his longe dissimilibus propositis, eas generibus distinguit, et hæc duo tantum facit, ac verbis ita notat, ut in alio quasi contractum, in alio quasi maleficium nominet, ad quæ istas caussas dicit referri. Non dubium igitur, quin et hæc ipsa duo in divisione superiore Cajus intellexerit. Quæ cum essent tum aperte ex ejus sententia, deinde translata sunt expressius in divisionem Justiniani, mentem Caii ita interpretantibus iis, qui divisionem in *Institutiones* transtulerunt. Quod illos ita esse interpretatos li-

(1) Ita et Loriot. *de Jur. Arte tr.* 17. *et seq. axiom.* 12. *et seq.* addens tamen pollicitationem inter privatos dotis. *L.* 1. *§. pen. de collat. dot.* et salarii *L.* 56. *§. pen. Mand.* exactionem producere.

(2) Est enim solius pollicentis promissio, Govean. *in L.* 5. *ad L. Falc. n.* 3. non sequuta acceptatione Gomez. 2. *resol.* 9. *n.* 1. Dissent. Vacon. 5. *Declar.* 65. putans pollicitationem quoque habere duorum consensum, et post Connan. 5. *Comm.* 8. Fachin. 8. *Contr.* 64. quia in *d. L.* 3. non dicitur solius offerentis *consensus*, sed *promissum*. Quid igitur si præsenti et tacenti fiat promissio, pollicitatio erit, an pactum? Incerti rem certant; auctoritates et rationes hinc inde adducit Andr. ab Exea *lib. Pactorum n.* 12. *et seqq.* accedens n. 78. probatiori, ceu refert, sententiæ, quæ vult esse pactum, et Joan. Bapt. Caccialup. *de Pact.* Q. 5. *n.* 4. Contra Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 2. Fachin. *d. C.* 64. Parlad. 2. *rer. quotid.* 3. *n.* 4. *et* 5. (qui et hanc receptiorem esse testatur) quia non in hoc consistat discrimen, sed in eo quod ad pactum necessarius tractatus et ultro citroque conventio, non item ad pollicitationem. Turamin. *Epist. Academ.* 13. hoc amplius, posse etiam præsenti et consentienti fieri, uti Procuratori reipublicæ si is pollicitationem recipiat. Neque enim dici potest hoc casu pactum esse, quia id est consensus duorum in idem. Hic vero neuter consentit in pactum. Nec consensus Procuratoris vitiat pollicitationem, quia si perfectæ accedit, ad exsequendam non ad perficiendam obligationem; neque ejus substantiam ingreditur, quia non solent quæ abundant vitiare. Nec definitur pollicitatio in *L.* 3. *h. t.*, sed docetur quomodo differat a pacto. Differt autem non in eo quod hic nequeat adesse consensus recipientis, sed quod is, si adsit, pollicitationem non ingreditur. Ita Turamin. Quin et præsenti fieri debere pollicitationem probat Cujac. 26. *Obs.* 19. ex vocula *offerentis* in d. *L.* 3. junct. *L.* 25. *Depos.* et ex *L.* 9. *de pollicit.* in verbis *apud rempublicam.* et quia per epistolam facta non valet *L.* 5. *d. Tit.*

(3) Consentit Gifan. *in d.* 1. *in pr. n.* 3. Vult. *in §. ult. I. de Obl. n.* 4. Sed de contractibus innominatis ea verba accipit, Hot. *in Conject. de præscript. verb.* Hopper. *Lib.* 1. *πιθανῶν ad tit. I. de Oblig. pag.* 3.

quet ex eo, quod in explicatione istorum generum duorum exempla, atque adeo verba ipsa Caii quæ ad illas varias caussarum figuras pertinebant, per omnia retinuerunt: cum tamen proponerent se agere de his obligationibus, quæ quasi ex contractu, et quasi ex maleficio nascuntur, generibus ante in divisione summa propositis. Et hæc quidem Caii sententia est, cum divisione Justiniani superiore plane consentiens. Quod si de re quæritur, ne hoc quidem verebimur, ne non omnes species caussarum, ex quibus obligatio et actio in personam oriuntur, etiam illæ quas commemorat Accursius in *d. L. 1. de oblig. et act.* ad superiora quatuor genera recte referantur contra quam ille sensit. Quod cum ad singula genera ventum erit, intelligetur.

V. Sed rursum tertio loco nos impedit divisio Modestini, quæ traditur in *L. obligamur, D. de obl. et act.* ubi ille pro quatuor caussis, quas supra diximus, octo posuit, bis verbis: *Obligamur*, inquit, *aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* Sed sciamus in bac tota divisione caussas ex quibus obligatio oritur, non plures positas esse, quam superiores quatuor. Si qua autem præterea membra addita hic sint, eas non esse caussas, ex quibus, seu propter quas obligatio nascitur, de quibus nunc quæritur. Id ita facile potest intelligi. Nam species quatuor illæ, quibus obligari nos dicit re, verbis, simul utroque, consensu species quidem plures sunt distinctæ inter se, sed quæ ad unum genus referuntur, contractum. Contrahitur enim his modis obligatio, re, verbis, consensu. Eaque rursum contractus divisio est posita in *d. §. ult. Inst. de obl.* Quare et hæc satis complectitur, qui contractum nominat. Quod et solum faciendum fuit ei, qui in divisione genera ipsa proponeret. Quæ deinde singula in suas quæque species partiretur. Quod a Cajo et Justiniano recte servatum est. Quod autem dicit Modestinus obligari nos ex peccato, id ipsum exprimit, quod superiore divisione dicitur, obligari nos ex maleficio, aut quasi maleficio. Nam peccatum hæc duo genera continet. Quod si quis contineri non putabit (de quo postea suo loco) fiet hoc modo ut potius desit aliquid divisioni Modestini, quam illi propositæ superiori. Quod addit obligari nos *lege, jure honorario, necessitate*, apparet quidem membra hic esse, quæ non sint in divisione Caii et Justiniani. Sed non sunt hæ caussæ, propter quas obligatio nascitur. Indicant tantum jus, quod constituit obligationem, de quo nunc non agitur. Non enim quærimus, quo jure constituatur obligatio, sed quibus ex caussis. Caussæ vero non sunt plures, quam illæ superiores quatuor, vel auctore Modestino, qui pauciores posuit; plures certe non enumeravit. Nihil habet igitur ista Modestini divisio, cur in caussis obligationum, de quibus agitur, quidquam divisioni superiori Justiniani deesse debeat existimari. Sed tamen restabit adhuc hæc dubitatio. Nam cum alia sit divisio Justiniani, alia Modestini, quæretur si una recta est, quomodo non sit altera vitiosa: et si una vitiosa, utra rectior, et ea quam sequi oporteat. Et si verum dicendum est; quod interpretes senserunt, idem ego statuo de divisione ista Modestini, non esse illam idoneam, ne quid amplius dicatur, qua in hac re utamur, nedum illi alteri opponere debeamus. De ea quidem Accursius ita scribit ad *d. L.* (4) *obligamur*, ad verbum, *lege obligamur*, in fin. *glossæ*, ut dicat, *eam divisionem non esse solemnem, eoque non esse in arbore actionum.* Sed quid illi, aut ego de illa sentiamus, nihil ad rem pertinet. Movebit alios potius scriptoris auctoritas, et quod divisio in Pandectas relata est. Ne ergo ob eas caussas divisio nos fallat, operæ pretium est, quod sine ullo præjudicio dictum sit, paucis animadvertere vitia ejus divisionis, non illa quidem in rebus, in quibus jus a Justiniano constitutum non muto, neque licet; sed in ratione dividendi et definiendi: cujus peritia non ad jus, sed ad alias artes pertinet. Idque eo magis faciendum, ut his vitiis animadversis, libentius et certius in divisione Justiniani superiore acquiescamus. Et sunt divisionis Modestini quinque hæc vitia.

VI. Primum, quod cum obligamur lege, aut jure honorario; hæc membra distinxit a prioribus, quibus obligamur re, verbis, consensu, item et a posterioribus, quibus obligamur necessitate, aut ex peccato; quasi prioribus aut posterioribus modis non obligemur lege, aut jure honorario. Quod non ita est. Sive enim obligemur ex contractu sive ex peccato, et sive re, sive verbis, sive consensu solo, semper obligamur lege aut

(4) Et Goth. *in not. ibid.* confundi a ICto caussas juris cum caussis facti. Gifan. *ibid. n.* 2. voculam *obligationis* non proprie et stricte a ICto sumi in *d. L.* 52. sed latius ut omnia facta contineat, aliquem effectum habentia.

jure honorario, nec aliter constituitur obligatio. Unde omnes obligationes dicuntur esse civiles aut prætoriæ, idest jure civili in quo lex est, vel honorario constitutæ aut receptæ. §. 1. *Inst.* Et ipsa obligatio generaliter definitur vinculum juris *eod tit.* in pr. Et vice versa quæcumque obligationes sunt ex lege aut jure honorario, sunt omnes ex una aliqua harum caussarum, quæ diximus. His enim caussis postea subjiciuntur a Justiniano eæ obligationes, quas prius civiles et honorarias dixerat. §. *ult. eod. tit.* Ut ergo per se maxime verum sit obligari nos lege, aut jure honorario: tamen hæc subjici eidem divisioni, et distingui a cæteris membris ejus divisionis certum errorem objicit, quasi in cæteris non eodem modo obligemur: quod si obligamur, incidit res in manifestum vitium divisionis.

VII. Secundum vitium est, quod Modestinus inter modos constituendæ obligationis, seu inter caussas ex quibus obligatio nascitur, retulit jus, quo obligatio constituitur. Nam lex et jus honorarium sunt jura, quæ constituunt obligationem. Hoc quoque vitiose. Multum enim interest inter jus, quod constituit obligationem, et caussas, propter quas jure obligatio constituitur. Multum interest, utrum quæramus, quo jure obligatio constituta sit, an vero quibus ex caussis. Unde ista bene distincta sunt, et comprehensa propriis divisionibus apud Justinianum. *tit. de obl.* Nam cum quæritur, quo jure constituatur obligatio, id explicatur propria divisione, qua dicuntur omnes obligationes aut civiles esse, aut prætoriæ. Cum autem quæritur, quibus ex caussis nascatur; id rursum alia divisione proprie ad eam rem accommodata explicatur, cum dicitur omnis obligatio aut ex contractu esse, aut ex quasi contractu, aut ex maleficio, aut ex quasi maleficio. Hæc autem Modestinus quasi ad eamdem divisionem pertinerent, miscuit.

VIII. Tertium vitium est, quod eam obligationem, qua obligari nos dicit necessitate, distinxit a duabus prioribus, quibus scilicet lege aut jure honorario obligamur. Non minus vitiose, quam superiora. Quisquis enim lege aut jure honorario obligatur, is necessitate obligatur, quoniam legi parere necesse est. *L.* 2. *D. de legib.* Quod si Modestinus hic intelligit necessitate nos obligari, cum obligamur etiam inviti sine facto nostro, ut accidit necessariis heredibus, quo exemplo ille utitur; idem vitium est. Nam heredes non fiunt necessarii, nec necessario obligantur, nisi lege. §. *sui*, verb. *necessarii*, *Inst. de her. qualit. et diff.*

IX. Quartum vitium in definitione obligationis ex lege. Ille scribit lege nos obligari, cum *obtemperantes legibus aliquid secundum præceptum legis aut contra facimus*. Utrumque valde reprehendendum. Primum nemo obtemperans (5) legi lege obligatur. Exempli caussa, nemo obligatur, teneturve lege Aquilia, qui nulli damnum dat. Nemo lege Cornelia *de sicariis*, qui hominem non occidit, aut eorum quid non fecit, quæ ea lege vetantur. Eademque ratio est in cæteris legibus, quæ quid fieri prohibent. Quinimmo si prius obligaremur lege, ut quid faceremus, quod accidit, cum lex jubet aliquid fieri, tum desineremus lege obligari, cum legi obtemperantes id fecissemus, quod lex præcipit. Solus is obligatur, et tenetur lege, qui adversus legis præceptum commisit. Hic enim solus delinquit. Solus autem tenetur lege, idest lex coercendo in eum solum vim suam exercet, qui deliquit. Unde a Papiniano definitur lex delictorum coercitio. *L.* 1. *D. de leg.* Et hoc est, quod Divus Paulus scripsit. 1. *ad Tim.* 1. *C.* legem justo non esse positam, sed maleficis et de-

(5) Sed Gifan. *d. lo. n.* 2 *et* 7. hujusmodi exempla ponit. Testamenta condens, uxorem ducens secundum leges eo ipso facto se obstringit ut testamentum, matrimonium, juxta leges dirigat. *Ibid. n* 8. posse et sic accipi, quod ex jussu legis oriatur obligatio ad parendum legi, arg. §. *seq.* Et sic puto debere intelligi ICtum. Hinc enim quæri solet an leges obligent in foro animæ seu conscientiæ, de quo alibi. Hinc Lex contractus vocatur a Vasq. *vid. supra Cap.* 4. *not.* 1. Nec obsistunt quæ hic noster contra. Nam verba aucupari non oportet in sententia aperta. Non hic sensus *d.* §. 5. quod obtemperatio sit caussa pariens obligationem, sed quod hæc vis legis, ut parere cogat, ac necessitatem faciendi, quod jubet, omittendi quod vetat, injungat. Atque sit facilis solutu objectio illa: At hac ratione postquam paritum est legi, obligatio sublata erit. Nam resp. Sublata erit recte; si Lex aliquid semel tantum fieri exigat. Alia aperte ratio est legum Aquiliæ et Corneliæ, quæ non ut hodie, non damnum detur, homo interimatur, præcipiunt, sed omni tempore isthæc vetant. Summa hæc sit: Postquam omnia facta sunt quæ lex fieri vult, soluta est legis obligatio, quoad eum qui fecit non autem si quid faciendum supersit. In quo nihil prope diversum a solutione propriæ sic dictæ obligationis Aliter, sed incommode exponit *d.* §. 5. Cujac. 17. *Obs.* 18.

linquentibus. Recte: continet enim lex delicti coercitionem ex superiore definitione, adversus eos inutilis, qui sponte faciunt, quæ sunt legis Delicti autem coercitio justo posito non est: quia justus legi parens non delinquit. Quod autem Modestinus scribit lege obligari nos, cum contra legis præceptum facimus; recte dicit, idque solum verum est, ut modo ostendimus. Sed tum male hoc membrum distinguit ab eâ obligatione, quæ ex peccato nascitur. Nam hoc ipsum contra legis præceptum facere, nihil aliud est, quam peccare; nec quisquam isto facto obligatur, nisi ex peccato. Uti nec contra ex peccato quisquam, nisi qui contra legem fecit.

X. Quintum vitium est, quod cum multa Modestinus non necessario dixit ad caussas obligationum indicandas, non tamen dixit omnia. Omisit enim quasi contractum, quem certum est omnibus iis membris, quæ posuit, non contineri. Illud quidem constat in quasi contractu non oriri obligationem aut ex contractu, aut ex peccato. Sed nec obligatio est ex lege, ut quidem ipse lege nos obligari definit. Et jure honorario nullo modo, quia obligatio ex quasi contractu omnis ex jure civili est, ut suo loco dicetur. Ac ne ea quidem obligatio est in hoc genere, qua obligamur necessitate, id est, ut ipse interpretatur, inviti: quoniam qui ex contractu obligatur, sæpe facit volens, cur obligetur.

XI. Quæ cum ita sint, non jam dubitabimus in caussis obligationum quærendis, utra nobis ex superioribus divisio sequenda sit, si res in contentionem veniat, istane Modestini, an illa Caii et Justiniani recepta, qua statuuntur caussæ superiores genere quatuor. Contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Immo vero si ista comparentur, hanc ipsam posteriorem tanto magis retinendam intelligemus, non solum quod in illa Modestini nihil est, quod quidquam mutet in caussis obligationis: sed etiam quod cæteris rebus ita comparata est, ut ipsa per se potius tanquam magna ex parte vitiosa et fallax omittenda videatur. Sed in superiore et recepta divisione tum certius confirmabimur, cum cur dicantur obligationes; ex illis quatuor caussis nasci, et quam non possint nasci ex aliis, animadverterimus.

XII. Omnis, quæ ex facto aliquo nascitur obligatio, aut ex facto obligati nascitur, aut ex alieno: facto suo obligatur quisque vel ex consensu, vel sine consensu. Ut quisque consensu alteri fidem dedit se ei quid præstaturum, cum illi fidem servare et præstare, quod promisit æquum est, nisi quid lex justis de caussis actionem impediat. Is consensus de re aliqua præstanda, contractus est. Extra consensum duo sunt in facto nostro, quæ nos aliis eo facto ipso jure obligent, rerum alienarum administratio suscepta, et delictum. Administratio rerum alienarum, id genus est, quod quasi contractum vocamus. Sic dictum, quod cum hic neque sit maleficium, neque contractus, propius tamen ad contractum accedit. Manifestum est enim nihil delinquere eum, qui alienarum rerum curam suscipit, ut domino consulat. Delictum, id est factum id, quo nocetur alteri, jure ita coercetur, ut sarciat alteri, quod abstulit. Id duplex est, maleficium, quod proprie delictum est, et quasi maleficium, in quo non tam delictum apparet. Quanquam si vere judicare volumus, uno maleficii et delicti genere continentur omnia, quæcumque extra contractum et quasi contractum nos tenent. Nam et quod quasi delictum et quasi maleficium nominatur a Cajo et Justiniano, vere delictum est et maleficium, ut dicetur suo loco. Sed tamen quia id non tam apparet, partitione recepta docendi caussa nunc utemur. Quæ si genera jam in unum conferre volumus, efficiuntur nimirum illa summa quatuor, quæ posuimus; contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Alieno etiam facto interdum obligamur et quidem inviti, neque id sine justa caussa. Quod fit, cum quis res nostras utiliter gessit. Et sane, inquit idem Cajus, sicut æquum est ipsum actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est. *L. 2. D. de neg. gest.* At hic non novum genus nascitur, diversum a superioribus, sed hæc ejusdem administrationis portio est, et ejus quem quasi contractum dicimus. Unde et eo casu istarum rerum quæ supra scriptæ sunt, ultro citroque nascitur actio, quæ appellatur negotiorum gestorum. *d. L. 2. de neg. gest.* Proinde et ab hac parte manent eadem genera superiora.

CAP. VI.

In obligationibus ex contractu primam quæstionem esse de contractu, unde obligatio nascitur. Contractus quid, et quibus rebus perficiatur.

Nexus et ratio ordinis. I.
De nomine contractus, ejusque definitione quo alio in loco accurate satis tractaverit auctor. II.
Proposita definitio contractus quomodo sit ex usu juris auctorum ostenditur. III. et seqq.
Præcipuæ definitionis partes exponuntur. IV. V. VI.
Theophili definitio mutila et obscura. VII.
Conclusio capitis. Tria in quibus vis omnis et natura contractus cernitur; et quæ. VIII.

I. Deinceps igitur de singulis ordine videamus, ac primum de obligatione, quæ nascitur ex (1) contractu, quando hoc genus primum occurrit in superiore partitione. De quo ita recte, et commode, ac compendio cognoscemus, si ordinem a nobis supra institutum secuti, dixerimus de his duabus rebus ordine: Primum de caussa hujus obligationis, idest contractu, ut semper caussa suo effectu prior est. Deinde de effectu idest obligatione, quæ inde nascitur; quid hæc contineat scilicet, et quas habeat præstationes. Nam tertium illud, quibus modis solvatur obligatio, commune est omnium obligationum. Idcirco rejiciendum in extremum locum eum, qui est de solutionibus et liberationibus: ubi et de hac parte in commune dicatur, quod non minus ad hoc genus pertineat.

II. Obligationis ex contractu caussa summa una est, contractus: eum ita dicamus obligationem hic esse ex conctractu. §. *ult. Inst. de obl.* Quapropter si scierimus quid sit contractus, et quibus perficiatur rebus, simul, qua ex caussa, quove modo hinc obligatio nascatur, noverimus. Quid sit contractus et significatione verbi, et usu auctorum juris, exposui diligentius ad *L.* 1. *D. si cert. pet.* et quæ de hoc verbo dubitationes esse solent, expedivi. Nunc tantum dicam, quod instituto nostro conveniat, quodque valeat ad intelligendum id, quod quærimus.

III. Contractus est duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, jure ad eam rem et præstationem comprobatus. Nusquam exstat aut hæc, aut alia exacta et ex professo hujus verbi definitio apud juris nostri auctores, sed eæ sunt definitionis hujus partes, quæ certis et manifestis locis et sententiis juris confirmentur. Quod si ostendimus, vera et recta definitio est.

IV. Contractus (2) est duorum pluriumve consensus. Est enim omnis contractus (3) conventio. Nam et qui contractus in nomine conventionis non stant, sed transeunt in proprium nomen, dicuntur conventiones. *L. jurisgentium*, in pr. *D. de pact.* Conventio autem et pactio idem valent. Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. *L.* 1. in pr. et §. 1. *D. de pact.* Quare omnis contractus est hic duorum, pluriumve in idem consensus atque conventio.

V. Sed non omnis consensus in idem, id

(1) Interdum latius accipitur et significat quodcumque cum alio gestum ut in *L.* 11. §. 2. *cir. fin. de minor.* et continet in se quasi contractum. *L.* 1. §. *debitum* 6. *de pec. const. L. pen. in fin. de separat. Par.* 2. *Q.* 91. Videtur contractus triplex acceptio reperiri, Latior ut et delicta comprehendat *L. omnem* 20. *de judic.* Propria ut hoc loco: et strictior ubi tantum contractus consensu perfectus denotat, quando scilicet opponitur gesto *L.* 19. *de V. S.* vel facto, ut in edicto de *Capite minutis.*

(2) Hotom. 1. *amicab.* 2. definit, quod sit. conventio juris civilis de negocio gerendo, quod civilem tum obligationem parit. Cujac. *ad L.* 7. *de pact.* ita: Conventio (*genus*) et negocium (*differentia*) ex quo obligatio nascitur. Quæ verba supervacua adjecta contendit Vult. *in pr. I. h. t. n.* 33. quia in voce *conventionis* implicite insint. Ideo mavult sic: Conventio habens caussam, per *L.* 15. *de præscr. verb.* Quomodo autem contractus caussam vel negocia in se habeant, non item pacta, exponit ibid. *n.* 36. Vid. de definitione contractus P. Nicol. Mozz. *de Contract. in Genere Art.* 2. Gud. *ad L.* 19. *de V. S.* Furst. *de pact. C.* 4. *pag.* 64. *et seqq.*

(3) Conventionis nomen latius *L.* 1. §. 3. *L.* 7. §. 4. *de pact.* et pacto quoque convenit *L.* 3. *de pollicit.* Duar. 2. *Disp.* 8. Revar. 1. Greg. Lopez. *Animadv. C.* 8. *n.* 11. Diss. Tob. Parmeist. *L.* 1. *de Jurisd. C.* 23. *n.* 5. *et seqq.* contractum et conventionem Synonyma faciens, et Fab. *ad L.* 23. *de R. I.* contractum idem esse quod pactum, scribens.

est etiam in hoc ut quid fiat, contractus est. Duæ sunt res velut differentiæ, quæ conventioni tanquam generi superiori additæ contractum perficiunt, quas reliquis verbis definitionis complexi sumus. Una est, ut sit consensus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, uno verbo, ut præstet. Nam conventio utilitate et proposito acquirendi duplex est. Aut enim id agitur, ut quid præstetur, aut contra ne debitor præstet, cum paciscimur, ne ab eo petatur. Hæc posterior conventio contractus esse non potest. Interponitur enim liberandi debitoris, et distrahendæ obligationis caussa. Conctractus autem contrahendæ obligationis caussa est, unde et nomen: ut sit contrahere, una cum alio obligationem ad unum aliquem trahere. Non potest autem, quæ conventio contrahendae obligationis caussa est, eadem esse distrahendæ. Restat igitur, ut quæ non potest esse consensus in id, ne debitor præstet, sit in hoc, ut quid præstet. Qua adjectione contractus a conventione liberatoria distinguitur. Hoc autem ut quid præstetur, nihil aliud est, quam quod Paulus in *L.* 3. §. 1. *D. de obl. et act.* aliis verbis expressit omnem contractum esse consensum in id, ut obligatio constituatur. Nihil enim necesse est præstari, nisi obligationis jure; nec ulla obligatio est, nisi quid præstetur, ex definitione. Haec præstatio duplex est, vel ut quid detur, vel ut quid fiat. Unde omnis stipulatio esse dicitur aut in dando, aut in faciendo. *L.* 2. *D de verb. obl.* §. *ult. Inst. eod.* Et quod de stipulatione dicitur, pertinet ad omnes contractus: quorum magis confirmandorum caussa adhibentur stipulationes conventionales, pendentque hæ ex negotio contracto. *L.* 5. in pr. *D. de verb. obl.*

VI. Nondum satis. Altera res differentiæ caussa adjicienda est, ut sit hic consensus (4) jure civili ad eam præstationem, de qua convenit, comprobatus: ut sit videlicet consensus interpositus ille quidem ad constituendam obligationem; sed idem ejusmodi, ex quo etiam obligatio re ipsa consequatur. Quod ita futurum est, si sit consensus ad eam rem jure comprobatus. Hoc nisi fit, quæcumque erit conventio ad quid præstandum interposita, non erit contractus; quia non erit ea conventio, qua obligatio contrahatur. Quale nunc contractum intelligi volumus.

VII. Et ideo non satis scite Theophilus, qui contractum definiens apud Justinianum in superiore divisione *Tit. de obl.* priora illa duo tantum complexus est, tertium omisit. Ait enim contractum esse duorum pluriumve consensum et conventionem ad constituendam obligationem, seu ut unus alteri fiat obnoxius. Conveniunt cætera. Nam ut constituatur obligatio, valet, ut præstetur uni aliquid ab altero; quoniam omnis obligatio est vinculum, et necessitas alicujus rei præstandæ, ut ante dixi. Sed nihil addidit amplius. Quo sane modo falsa est definitio. Argumento est certissimo pactum nudum, quanvis interpositum permutationis caussa. Nam si convenerit inter nos, ut ego tibi Stichum, ut mihi Pamphilum dares permutationis nomine; est hæc quidem conventio duorum placitum et consensus in hoc, ut alter alteri quid demus, atque ita inter nos constituatur mutua obligatio, juxta Theophili definitionem. Hic tamen consensus non est contractus. Nam ex omni contractu nascitur obligatio quæ actionem pariat. §. *ult. Inst. de obl.* Ex hoc autem placito solo non nascitur actio, ut in specie permutationis diserte scriptum est in *L. ex placito. C. de rer. permut.* et generaliter efficit regula juris, ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem. C. de pact. L. jurisgentium.* §. *quinimmo. D. eod.* Non ergo statim consensum duorum ad constituendam obligationem interpositus, si nihil aliud addideris, est contractus. Ac proinde non est vera Theophili definitio. Addendum igitur illud tertium, ut cum consensus intervenerit, et consensus ad dandum aliquid aut faciendum, vel ut Theophilus loquitur obscurius, ad constituendam obligationem, hoc etiam accedat, ut sit is consensus, ex quo etiam jure civili obligatio nascatur. Quod ut dixi, ita fit, si consensus ad eam obligationem et præstationem eodem jure comprobetur. Quo addito, tum fit plena et vera definitio. Sic enim exsistit ea conventio, ex qua etiam obligatio civilis contrahitur, unde et contractus nomen.

VIII. Ex his potest intelligi contractum omnia tria desiderare; totidemque rebus constare ac perfici. Primum est, ut sit duorum pluriumve in idem consensus, et uno verbo conventio. Alterum, ut conventio in hoc, ut quid detur, aut fiat; vel aliis verbis, ut obligatio constituatur, ad dandum scilicet,

(4) P. Fab. *ad d. L.* 23. ex auctore vetustæ epitomes contractum initio inde dictum quod paciscendo diversas, in idem contrahimus voluntates. *Mozz. de contract. in genere art.* 1. *n.* 15. quasi contraactum.

aut faciendum. Tertium, ut hæc ipsa conventio ad eam rem id est ad eam præstationem et obligationem jure comprobetur, quia scilicet ut placet hic obligationem constitui, ita re ipsa ex eo consensu et conventione nascatur. Quia tria cum substantiam contractus omnis contineant, et habent suam vim eamque distinctam per se singula, quam ad eam substantiam conferant: in primis autem late pateat tertium, in quo quæritur, quid jus hic comprobet: amplius singula, et distincte nobis cognoscenda sunt, et quam vim habeant, quidve contineant, considerandum. Ita fiet, ut si omnia, quæ in his erunt, concurrent, aut certe cur non sint, nihil repugnet, certe statuamus contractum esse constitutum, atque hinc obligationem ex contractu. Sin quid eorum deerit, sciemus tot esse impedimenta, quibus efficiatur, ne sit contractus, neve hinc obligatio ex contractu.

CAP. VII.

Nullum contractum esse sine consensu et conventione. Tum quam varie, et quibus rebus fiat, ne sit consensus: eoque ne ab hac parte contrahatur obligatio.

Consensus in omni contractu necessarius. I.
Ideo et sine consensu nulla nec extat conventio, nec contrahitur obligatio. II.
Consensus abest aut propter unius factum dumtaxat, aut propter utriusque contrahentis dissensum. III.
Quæ, unius facto consistunt, a contractibus longe distant; et quæ sint ejusmodi. IV.
Dissensus contractui nocet. Arguitur ille aut ex rebus externis, aut ex conceptione conventionis. V.
Dissensum faciunt in externis rebus, error promittentis; extorta voluntas; et propositum contrahentium. VI.
Error aut in persona, aut in re promissa. Quid sit uterque. VII.
In materiam rei promissæ incidens emptionem vitiat, non autem stipulationem. Et quæ discriminis ratio. VIII.
In nomine rei proprio, aut personæ interveniens, si a promissa re abfit, et a persona, qua cum res geritur, non nocet. IX.
In caussa dandi qui errat, ex stipulatu conventus doli exceptione utitur. X.
Voluntas extorquetur dolo malo, aut aperta vi. Utrumque consensui contrarium, adeoque contractui. Bonæ fidei contractus, dolo aut vi interveniente, ipso jure nulli. Contractus stricti juris exceptione tolluntur. Ratio differentiæ. XI. XII.
Propositum contrahentium conventioni contrarium quot modis noceat contractui. XIII.
Simulati contractus, seu imaginarii qui, et unde dicti; et quatenus valeant. XIV.
Consensui officit et conditio in conventione; et quomodo: ea si exstiterit, valet ab initio contractus sub conditione conceptus. XV.
Contractum tamen ab initio faciunt irritum conditio impossibilis, et quæ in arbitrium promittentis confertur. Quæ utriusque ratio. XVI.
Si tamen posterior ipsa fuerit expressa conditio; et quæ illius exprimendæ forma. XVII.

I. Principio hoc tenendum est, omnem contractum esse consensum et (1) conventionem. Ut conventio genus sit; conventionis species contractus. Nam, ut dixi, et contractus juris gentium, ut emptio venditio, locatio et conductio, et similes, dicuntur ab Ulpiano juris gentium conventiones. *L. juris gentium.* in pr. *D. de pact.* Quod si quis in hoc genere conventionem et consensum ita accipit, ut hunc faciat contractus partem, ut interdum loqui videntur nostri auctores (de quo scripsi ad *L. 1. D. si cert. pet.*) at certe illud constat, quod eodem redit, nullum esse contractum sine consensu et conventione. Id Pedius ita expressit ut refertur in *L. 1. §. 1. D. de pact.* ut diceret nullum

(1) Ut homines conveniunt qui ex diversis locis in unum, et flumina, quæ in unum confluunt, sic qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt *L. 1. §. 3. de pact. ubi* Cujac. Et Hot. *ibid.* verbum *conveniendi* a corporibus ad animos translatum esse.

esse contractum, nullam obligationem (idest nullum factum mutuum, quo se aliqui inter se obligarent) quæ non habeat in se conventionem: idest consensum, ut paulo post ibidem interpretatur. Et si quidem fiat consensu, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis, nemo dubitat. At quid si fiat re, aut verbis? Nam et hæc genera numerantur a veteribus, distinguunturque ab iis contractibus, qui consensu fiunt. *d. L.* 1. §. 1. *D. de obl. et act.* §. *ult. Inst. de obl.* Quorsum, nisi ut intelligatur in his consensum desiderari, in illis non item, sed rem et verba sufficere? Immo in universum Pedius, nullum contractum esse ait, qui non habeat in se conventionem, et ne qua supersit dubitatio, addit; sive re, sive verbis fiat. Ut intelligamus istam divisionem non sic accipiendam, quasi sint aliqui contractus, qui consensum habeant, alii qui sine consensu constent solum re et verbis: sed hanc significationem habere, ut sint, qui consensu fiant, idest solo consensu: quidam ita constent consensu, ut hic non consistant, sed re addita, aut verbis perficiantur. Cæterum neque hos contractus neque alios ullos sine consensu esse posse. Et ideo, inquit, etiam stipulatio, quæ verbis fit, nisi consensum habeat, nulla est. Idem in *L. inter* 83. §. 1. *L. continuus*, 137. §. 1. *D. de verb. obl.*

II. Sic ergo statuamus ex diverso, quæcunque hominum actio est ad aliquid præstandum, et obligationem constituendam seu vere, seu verbis in speciem comparata, si in ea duorum consensus ad eam rem non erit, illic ut nec conventio est, sic nec contractum esse, nec contrahi obligationem. Tantum hoc nobis constitutum esse debebit ad hoc genus obligationis ab hac parte removendum, ubi non sit hic consensus.

III. Et ut ne sit iste consensus in eo quod sit, geritur, duabus rebus efficitur; vel quia unius tantum factum intervenit; vel quia ita res geritur inter duos, quorum unus promittit alteri, ut tamen verbis res ita geratur, re autem vera non consentiant, sui inter se agunt.

IV. Unius tantum facto ad obligationem interveniente, nunquam contractus exsistit: quia non est hic duorum consensus quem contractus desiderat. Hac nota distinguuntur a contractu hæc; supremæ voluntates testantium; inter vivos pollicitatio; quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Suprema voluntas, veluti heredis institutio, legata, fideicommissa, unius tantum testatoris voluntas est, nihil hic cum herede aut legatariis geritur. Ideo supremæ voluntates toto genere a contractibus distant. Et hoc est quod dicitur in *L. verba*, *D. de verbor. signif.* verba *contraxerunt, gesserunt*, non pertinere ad testandi jus. Hoc enim significatur, si qua ex his verbis utatur, horum appellatione supremam voluntatem non contineri. Quippe illa contractuum verba esse; supremam voluntatem contractum non esse. Pollicitatio, ut supra dixi, est unius tantum offerentis promissum. Contractus duorum consensus; certe non sine consensu et conconventione, a qua ideo distat pollicitatio *L.* 3. *de pollicit.* Non est igitur pollicitatio contractus. Unde intelligimus ex pollicitatione privatis nullam actionem esse, postquam ex ea specialiter nusquam actio data est jure. Nam generaliter ex hac parte non dari indicant definitiones: cum hic dicamus obligationem nasci ex contractu: pollicitatio autem, detracto consensu, non sit contractus. Quasi contractus, maleficium, quasi maleficium, in divisione proposita aperte a contractu distinguuntur. Distinctionis nota et ratio hæc est, quod contractus habet duorum consensum inter se: in his autem reliquis generibus tribus versatur unius tantum factum, ex quo obligatio nascitur. Sane in quasi contractu hic usus est juris auctorum, ut interdum vocetur absolute contractus: ut tutela in *L. ex contractibus*, *D. de obl. et act.* negotiorum administratio in *L. sed et cum. D. de neg. gest.* Sed ita dici ista constat abusive propter similitudinem, quæ ipsis est cum contractu, a qua et quasi contractus nominantur. Nec novum est, ut quæ ad alterius similitudinem inducta sunt, assumant nomen rei cujus similitudinem gerunt. Ut, hypothecaria actio de pignore non est vere actio Serviana, sed introducta ad exemplum Servianæ, qua ratione etiam dicitur usitate quasi Serviana. §. *item Serviana, Inst. de act.* Verumtamen propter hanc similitudinem interdum dicitur absolute Serviana, ut *L.* 3. *D. de pign.* Idem accidit et in quasi contractu, sicubi et hic appellatur absolute contractus. Nam revera contractus non est, in quo non geritur res duorum consensu, ut diserte traditur in *L.* 5. in *pr. de obl. et act.* de quo plura scripsimus *ad L.* 1. *D. si cer. pet.*

V. Sed etsi res geratur inter duos, quorum unus alteri quid promittat verbis, si hi inter se re ipsa dissentiant, nulla contrahitur obligatio, aut certe non utilis. Exsistit hic dissensus sæpe etiam in contractibus quam optime, secundum verba ad obligatio-

nem compositis. Arguitur autem partim externis quibusdam rebus, partim conceptione ipsa conventionis.

VI. Externæ res, quæ faciant dissensum in eo, de quo agitur, eoque et contractui obstent, tres sunt; (2) error promittentis; extorta voluntas; et propositum contrahentium obligationi et conventioni institutæ contrarium.

VII. De errore hæ sunt veterum sententiæ: Error non habet consensum; item, non consentiunt qui errant; item, nihil tam consensui contrarium est, quam error, qui imperitam detegit. Hæc in *L.* 2. *D. de jud. L. si per errorem, D. de jurisd.* Sive igitur qui promittit, erret in persona ejus, cui promittit, sive in re promissa, quorum utrumque stipulatione continetur, omnino non obligatur, quia non consentit propter errorem, qui est in his rebus. Errat promissor in persona ejus, cui promittit, cum, puta, Sempronio stipulanti promittit se daturum, dum hunc putat esse Titium, cui soli promissum volebat. Qui ita promisit, neutri obligabitur; neque Titio, quia huic non promisit, neque Sempronio, quia in eum errans non consensit. *d. L. si per errorem, de jurisd. d. L.* 2. *de jud. arg. in L. quoties.* 9. in. pr. *D. de her. inst.* In re promissa errat, qui stipulanti Stichum promittit, cum de alio servo sentiret, quam stipulator. In quo etiam errore placet nihil agi, et hoc propter dissensum, quem error arguit. *L. inter* 83. §. 1. *L. continuus* 137. §. 1. *D. de verbor. obligat.*

VIII. Quid si non in corpore rei promissæ errent contrahentes, sed in materia rei dumtaxat: ut si in anulum certum consentiant, sed qui aureus putabatur cum æs esset sorte inauratum? Placet in hoc errore, si quidem ematur anulus emptionem non valere. *L. in venditionibus.* §. 1. *D. de contr. empt.* Si quis autem hunc stipuletur, valere (3) stipulationem, et teneri promissorem hujus æris nomine. *L. si id quod aurum,* 22. *D. de verb. obl.* Recte utrumque. Non enim potest hic contrahi emptio de eo anulo, quin simul emptor ad pretium constitutum obligetur venditori. In hoc autem pretium emptor non consentit. Neque enim æs unquam tanti emeret, quanti aurum; atque adeo ne ullo quidem pretio æs unquam emeret. At in stipulatione nihil est, quod impediat stipulationibus consensum in corpore, si de corpore ipso convenit. Nihil enim ille debet vicissim præstare eo nomine ex stipulatione, ut propterea debeat metuere ejus stipulationis obligationem. Quare recte fit, si ei concedītur uti stipulatione in id saltem corpus, in quod stipulatio concepta est. Sic enim fiet, ut si æs contemnat, liberum sit ei non petere. Si mavult habere, saltem id consequatur, in quod potuit consentire; et quia sine damno hic consensus est, videtur etiam consensisse. De quo plura scripsimus, quæ ad hunc locum pertinebat, ad *d. L. si id quod aurum.*

(2) *L.* 116. §. *ult. de R. I.* Error quis ac quando impediat consensum ut non valeat quod actum est, vid. Zas. *ad L. cum fundus* 31. §. 1. *de reb. cred. n.* 14. *et seq.* Pac. 1. *enant.* Q. 59. Cujac. *ad L.* 9. *de Contr. empt.* Gœd. *de Contr. stip. C.* 3. *n.* 7. *et seqq.* Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q.* 5. *principali n.* 57. *et seqq.*

(3) Ita et noster *ad d. L.* 22. *n.* 4. aliorum rationem quæ in eo quod emptio bonæ fidei stipulatio stricti juris, ut Duar. *ad d. L.* 22. Pac. 1. Q. 59. refellens 1.° exemplo pignoris *L.* 1. *in fin. de pig. act.* 2.° Quia si in materia erratum; aut consensum est in corpus, et tanto magis contractus bonæ fidei ratus esse debet; aut non consensum ideo non valet, quod actum est, (quia consensus abest, quem non minus stipulatio requirit) et fere Cujac. ibid. et Vult. *ad pr. I. de empt. n.* 18. ne nimia sit pretii inæqualitas a justo rei valore, et Bron. 2. *ass.* 53. Aliter Gœd. *de Contr. stip. C.* 3. *n.* 29. rationem reddens ex natura emptionis, ut pretium sit corpori æquivalens. Idcirco non tantum ad corpus, seu ad id quod in manu pretium est, sed et ad materiæ bonitatem respectum haberi. Sed hæc ita, si materia toto genere diversa. Nam si non in totum erretur in materia, ex gr. si aurum, quod quis se emere putabat, æris aliquid admistum habeat, consistit emptio *L.* 14. *de Cont. empt.* ubi Goth. Vult. *ad pr. I. de Empt. n.* 19. item si inauratum sit, quando videlicet æs auro immistum, ac cum eo confusum, quia res quæ emitur, licet non in solidum, tamen ex parte aurea est, vid. Duar. *ad L.* 22. *de V. O.* Nec obstat *L.* 41. §. 1. *de Contr. empt.* Ibi enim argentum non immistum, infusum atque unitum fuit ligno seu materiæ ex qua mensa confecta; sed mensa tantum operimento, seu lamina argentea tecta ac vestita fuit, Cujac. 2. *Obs.* 4. Quod operimentum mensæ pars non est, Don. noster *ad L.* 22. *de V. O. n.* 5. sicut vestis non est pars hominis, Bronch. 2. *ass.* 53. Gœd. *de Contr. stip. C.* 3. *n.* 46. Quare *in d. L.* 14. erratum in materiæ bonitate, in *L.* 41. §. 1. in ejusdem substantia, Baro *Lib.* 3. *manual. ad tit. de Contr. empt.* Alii volunt in *d. L.* 41. §. 1. nominatim actum fuisse ut solida sit mensa; non item, in d. *L.* 14. Duar. *ad d. L.* 22. Cujt. 2. *Conject. ad fratr.* 31. Male quia in contractibus bonæ fidei etiam quod tacite agitur pro cauto habendum, Cujac. *ad d. L.* 22. *et* 2. *Obs.* 4.

IX. Sed meminerimus errorem exigere nos in persona ipsa, cum qua res geritur, et in re promissa; propter dissensum videlicet, qui de his rebus non potest non esse in eo, qui in his erravit. Diversum est, si erretur in nomine proprio personæ aut rei de qua agitur, dum de persona et re ipsa constabit. Nihil hic error de consensu in eamdem personam et eamdem rem mutat. Cum ut bene scriptum est in §. *si quidem in nomine, Instit. de leg.* nomina inventa sint significandorum hominum et rerum gratia, si quo autem alio modo intelligantur, nihil intersit. Ideo placuit errorem in nomine neque institutioni heredis neque legato neque stipulationi nocere. *L.* 4. *C. de testa. d.* §. *si quidem Inst. de leg. L. si in nomine*, 32. *de verb. obl.*

X. Sed etsi erret quis in caussa dandi, existimans se debere ex aliqua caussa, ex qua dare eum non oportebat, et per hunc errorem promittat; ex stipulatione quidem obligabitur summo jure, quia vere voluit; consensitque tum in personam eum qua res geritur, tum in rem promissam; sed si conveniatur, doli exceptione uti potest. *L. si quis eum aliter*. 36. *D. de verb. obl.* Exempli gratia: Testator legavit centum Titio, idem postea codicillis ademit quinquaginta. Heres ignarus codicillorum legatario et ipsi ademptionem ignoranti tota centum stipulanti legati servandi nomine promisit. Non debuit ita promittere heres, cum ademptis quinquaginta, alia solum quinquaginta deberet. Promisit tamen neque in persona legatarii, neque in summa promissa errans; sed errans in caussa debendi: cum se in centum putaret teneri ex testamento, quæ tamen non deberet. Subtilitate juris ita erit obstrictus, ut si conveniatur postea repertis codicillis, doli exceptione defendatur, quæ species est. *d. L. si quis cum aliter.* in fin.

XI. Voluntas promissoris extorta, voluntas non est. Non enim voluisset, qui cogitur, si voluntas illi expressa non esset. Extorquetur voluntas promissori malis artibus duabus: dolo malo adversarii, aut vi aperta. Nam et dolus machina est, qua quis oppugnatur, et velut victus cogitur id velle, quod nisi dolo victus esset, noluisset. Unde dolus dicitur a nostris machinatio ad circumveniendum aliquem adhibita, ut fit in bello adversus hostes, quos capimus. Unde capti et decepti verba de iis qui falluntur. *L.* 1. *D. de dolo, d. L. si quis cum aliter*, 36. *de verb. obl.* Quidquid id est, qui deceptus dolo quid paciscitur, dicitur nec paeisci, id est non consentire. *L. qui cum tutoribus.* §. *qui per fallaciam, D. de transact.* Hinc si quis deceptus ab adversario quid promisit, contraxitve, placet eum non teneri. Dissimiliter tamen in bonæ fidei contractibus atque in contractibus stricti juris. In illis hoc jus est, ut si quis in hoc deceptus sit, ut contraheret, puta venderet, quod alioqui venditurus non erat; aut societatem contraheret eum eo, qui se mentiebatur esse illis aut illis facultatibus, cum inops esset: placet venditionem et societatem (4) ipso jure nullius esse momenti. *L. et eleganter*, in pr. *D. de minor. L.* 3. §. *ult. D. pro soc.* In stricti autem judicii contractibus, veluti in stipulatione, si quis mendacio adversarii deceptus promittat; aut in legato, si heres ignorans adempta quinquaginta, persuasus a legatario nullam ademptionem intervenisse, promittat centum legata testamento: hoc servatur, ut is obligetur summo jure, sed agenti obstet doli mali exceptio. Traditum in *L. dolo, C. de inut. stip.* et *d. L. si quis cum aliter*, 36. *de verb. obl.* ubi totum hunc locum eum diligentius exposui.

XII. Multo minus velle et consentire intelligitur, qui vi cogitur. Est enim vis necessitas imposita contraria voluntati, ut definitur in *L.* 1. *D. quod met. caus.* Inde regula juris, nihil consensui tam contrarium esse, quam vim atque metum. *L. nihil consensui, D. de regul. jur.* Hinc et in his, quæ vi metusve caussa gesta sunt, jus idem de consensu, quod supra in dolo: ut si quis vi, coactus quid promiserit, contraxerit, non

(4) *L.* 16. §. 1. *de minor.* Sed si dolus caussam dederit contractui id est, si quis animum contrahendi, alienandi, promittendi non habens, fraudulenta persuasione inducitur ut contrahat, alienet, promittat *d. l.* 7. *pr.* in verbis si in hoc ipso ut venderet circumscriptus. Non si incidens, quando alias etiam contracturus in ipsa conventione dolose decipitur, forte ut carius emat, vilius vendat. Oldend. *Progym. cl.* 6. *act.* 11. Sneidvin. *in* §. *actionum* 28. *I. de act. n.* 22. Gœd. *de contr. stip. C.* 3. *n.* 113. *et seq.* Qui cum seqq. hanc quasi accurate tractet et dissentientium argumenta maxime Roberti 3. *Animadv.* 1. *et seqq.* examinet, eo remitto, videri possunt præter laudatos a Gæd. Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 11. *n.* 11. A. Fab. *in rational. ad L.* 7. *pr. de dolo.* Est tamen in arbitrio dolum passi, an velit contractum servari, per rationes et auctoritates adductas a Goed. d. *C.* 3. *n.* 168. quibus adde Jas. in §. *actionum* 1. *de act. n.* 41. Snaidv. *ibid. n.* 28. et, qui alios refert, Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 93. *et Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 7. *declar.* 1. *n.* 8. *et seq.*

teneatur: quasi nec contraxerit, qui non consensit. Sed eadem distinctione, quam in dolo adhibuimus. Nam in bonæ fidei contractibus si quis vi coactus sit, ut quid gereret, puta venderet, aut emeret (5), ipso jure nulla est obligatio. Argumentum in *d. L. nihil consensui, de reg. jur.* Et certe si in eo, qui dolo deceptus est in hoc, ut idem faceret, nulla est venditio, ut diserte traditur in *L. et eleganter*, in princ. *D. de dol.* Multo magis in eo, qui vi aperta coactus minus consentit, hoc idem probandum est. Ut omittam, eum qui metum infert, etiam dolo facere. *L. item si. §. pen. D. quod met. cau.* In stricti autem judicii contractu, veluti stipulatione, si quis vi coactus stipulanti quid promittit, sic obligatur summo jure, ut tamen doli mali et metus exceptione petitio summoveatur, *L. dolo, C. de inut. stip.* Sed cur etiam in stipulatione non dicimus eum qui coactus metu quid promisit, ipso jure non obligari: cum non nascatur obligatio ex contractu sine consensu; non consentiat autem, qui vi metusve caussa cogitur, ut ante diximus? Idemque licet de eo qui dolo deceptus est, quærere propter dissensum. Dicendum est, eum qui vi cogitur, recte dici utrumque et nolle, et velle. Non vult sub conditione, siquidem ei liberum sit non consentire. At si spectamus id, quod simpliciter et re vera gestum est, vere voluit, qui licet coactus, voluit tamen. Pauli ratio in *L. si mulier*, *§. si metu*, *D. quod met. cau.* Et certe erat in ejus potestate nolle, etiam si vis ei afferretur. Potuit enim vim pati potius, quam verbis consentire. Sed quoniam hæc ipsa voluntas turpiter extorquetur, et malo more, quem probare contra bonos mores est, *d. L. nihil consensui*; eo fit, ut in bonæ fidei quidem judiciis vis tanquam bonæ fidei contraria in totum obligationi obstet. In strictis autem sic in hac caussa ex verbis admittatur obligatio, ut tamen ex eadem æquitate fit exceptio, qua promissor defendatur.

XIII. Propositum contrahentium obligationi et conventioni contrarium satis declarat in his consensum non esse ad constituendam obligationem. Exsistit autem hoc propositum sæpe in contrahentibus etiam adversus ea, quæ verbis aut reipsa in speciem geruntur: ac declaratur his rebus: si quid gestum sit donandi, jocandi, docendi, simulandi caussa. Si pecunia alicui numerata sit, obligari solet, ut reddat vel ut mutuam, vel ut indebitam solutam, vel ut datam ob caussam caussa non secuta. Si donandi caussa data sit, nulla constituitur obligatio. *L. 3. §. 1. D. de obl. et act.* Quia scili et donandi propositum contrariam voluntatem declarat. Donat enim, qui ita dat, ne ulla hinc sit repetitio, aut obligatio. Dat enim liberalitatis et munificentiæ exercendæ caussa, *L. 1. D. de donat.* Ex quo illæ sententiæ, quæ in quibusdam rescriptis occurrunt; perfectam donationem revocari non posse: item, re donata, remanere integram donationem; cum levitati perfectam donationem revocare cupientium jure occurratur. *L. cum ancillam*, *L. si repetendi*, *C. de cond. ob caus. dat.* Joci caussa si stipulatio concepta est inter aliquos, eodem modo (6) nulla contrahitur obligatio. Rem enim serio non agi jocus ostendit. *d. L. 3. §. ult. de obl. et act.* Veluti si qui, dum alios imitari volunt, jocantes exprimant eorum stipulationem: aut personæ id faciant in comœdia. Idem est, si docendi caussa interponatur stipulatio: *ead. L. 3. in fin. de oblig. et act.* Veluti, si jubeam aliquem interrogare me his verbis, Stichum dabis? ego respondeam, dabo: et dicam, habes exemplum et conceptionem stipulationis. Perspicuum est, eum qui exemplum tantum in hac conceptione exstare voluit, ad docendum, noluisse rem et veritatem obligationis in ea subesse.

XIV. Sed maxime tunc non consentire contrahentes apparet in eo, de quo agitur, cum simulatur ab his contractus. Ideo enim simulant quia nolunt in re esse, quod verbis et externa specie simulant. Qua de caussa et omnia (7) simulata pro infectis habentur; maxime in contractibus, quia isto modo deest consensus. *L. cum ea*, *C. de trans. L. si ex pretio*, *C. si cert. pet.* Hi sunt contra-

(5) Hic tamen plures et probabilius dissentiunt, qui distinctionem tantum admittunt in dolo initis contractibus, non autem metu, quos sequitur Vult. *ad §. ul. I. de obl. n.* 20. Sed nostro consentit Cujac. *ad L.* 21. §. 3. *Quod met. Ca.* et ad *L.* 36. *de V. O.* et 3. *o.* Merc et confirmat contra Robertum Goeddæus 3. *d. C.* 3. *n.* 156. *et seqq.* Sane rationem nostri, quod metui dolus insit, veram non puto, de quo alibi.

(6) Gœd. *de Contr. stip.* 1. 3. *concl.* 6. Licet Ræv. 2. *Var.* 5. velit et hic nasci obligationem ipso jure tenentem, sed quæ prætorio auxilio per exceptionem elidatur. Quod refellit *d. §. ult.*

(7) De quo fuse Mozz. *de Contr. in genere Art.* 4. *n.* 42. et *seqq.* A. Fab. 1. *Jurispr.* 9. *pr.* 5. *ill.* 21. Ern. Cothman. *Jurisp.* 18. *n.* 34. *et seqq.* Ut nec juramento contractus simulatus confirmetur, vid. Jerem. Setser. *Lib.* 2. *de Juram. C.* 18. Jo. Vinc. Hondede. *vol.* 2. *cons.* 41. *n.* 31. *et seq.* Cothman. *d. cons.* 18. *n.* 57. idipsum declarando restringens *n.* 89. *et seqq.*

ctus, qui a nostris dicuntur imaginarii; cum scilicet fides facti simulatur non interveniente veritate. *L. contractus, D. de oblig. et act.* Sic dicti, quia ut sunt verba contrahentium, imaginem, et speciem contractus præ se ferunt: sed hanc dumtaxat, re autem vera non sunt contractus, qui consensum non habent. Quamobrem et ad jus superius pertinent. Hinc illa de vi istorum: contractus imaginarii etiam in emptionibus juris vinculum non obtinent. *d. L. contractus.* Idest obligationem non pariunt. Nam juris vinculum obligatio est. Item, nuda et imaginaria venditio pro non facta est. *L. nuda, D. de contr. empt.* Nuda, quæ nomen habet sine re, Ideo autem nuda, quia imaginaria. In hoc genere hæc sententia tenenda est: quoties inter aliquos quid simulatur, et aliud agitur; ita id quod simulatur, non valere, ut non propterea totum quod geritur, irritum sit, sed valeat saltem, quod actum est. Quæ illius *Tituli C.* sententia est pluribus exemplis confirmata. *Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Utrumque optima ratione. Simulatum enim falsum: Quod agitur, verum; quod ab eo, quod pro non facto est, infirmari non debet. *L. cum falsa, C. de fur. et foet. ign.*

XV. Atque hæ res externæ sunt, quæ consensui obstant, quamobrem et impediunt contractum. Interdum ipsa etiam conceptio conventionis inclusum dissensum habet, hoc efficientem, ne obligatio constituatur. Id accidit primum generaliter in omnibus obligationibus sub conditione contractis. seu in omnibus contractibus, quibus quid præstari placet sub conditione. Nam conditionis hæc vis est, ut nihil debeatur, nullave contrahatur obligatio prius, quam conditio exstiterit. *L. cedere, D. de verb. signif. §. sub conditione. Inst. de verb. obl.* Eo fit, ut si proponas emptionem sub conditione contractam, pendente quidem conditione, nulla adhuc obligatio contracta sit. Si autem conditio defecerit, nulla sit omnino emptio, quia utrumque id adjecta conditione actum est. *L. necessario, D. de perm. et com. rei vend.* Sed non ideo in universum dici potest adjecta conditione ab initio nihil actum esse. Potest enim exsistere conditio. Quæ si exstiterit, ita contrahitur obligatio, quasi ante contracta emptione in præteritum. *d. L. necessario,* illic, *idem Pomponius, L. potior D. qui pot. in pign.* Ideo in hoc genere contractuum saltem recte dicitur ab initio obligatio sub conditione contracta.

XVI. Sed hoc in cæteris omnibus conditionibus aliis. Duæ sunt quæ contractibus adjectæ jam statim ab initio inutilem contractum efficiunt; non alia de caussa, quam quia id actum esse ostendunt, ne obligatio constituatur. Impossibilis conditio, et quæ confertur in voluntatem et arbitrium promittentis. Non solum stipulatio, sed e cæteri quoque contractus impossibili conditione adjecta nullius momenti sunt; veluti, si cœlum digito tetigero, dabis? Aut res hæc tibi tot aureis empta est. *L. non solum. D. de obl. et act. §. si impossibilis, Inst. de inut. stip. L. impossibilis. 7. D. de verb. obl.* Nempe quia hac conditione adjecta a contrahentibus id agitur: ne quid contractum sit, neve quid debeatur. Idque conditio satis significat. Ejus enim adjectæ hanc vim esse diximus, ne quid debeatur prius, quam illa extiterit. Impossibilis autem conditio exsistere non potest. Sic fit, ut hac adjecta aperte id agatur, ne quid debeatur. Aliud servatur in testamentis, in quibus obtinuit impossibilem conditionem institutioni, legato aut fideicommisso adjectam pro non scripta esse, atque hac detracta nihilominus institutionem, legatum, fideicommissum valere. *L. 3. D. de cond. et dem. §. impossibilis, Inst. de her. inst.* Quam recte utrumque, et quam convenienter ista inter se, exposui ad *d. L. impossibilis. 7. de verb. obl.* Similiter et conditione in voluntatem promissoris collata, nec stipulatio, nec ullus alius contractus valet. Nec interest, dixerit promissor, si voluero; an vero si volam; an si fuero arbitratus, ut in singulis bis conditionibus declaratur ordine his locis. *L. centesimis, 46. in fi. D. de verb. oblig. L. sub hac. D. de obl. et act. L. stipulatio non valet. 17. de verb. obl.* Quippe et hic conditio adjecta arguit sensum hunc esse contrahentium, ne promissor obligetur, conditione videlicet obligationi repugnante. Solus enim obligatur is, qui necessitate adstringitur alicujus rei præstandæ, ut est definitio obligationis. Hac autem conditione adjecta, qua res confertur in promissoris voluntatem, aperte id agitur, ne ulla necessitate adstringatur promissor, sed ut liberum ei sit dare, si velit; si nolit, non dare. Perspicuum igitur id agi, ne obligetur. Quæ et hujus juris ratio redditur in *L. in vendentis, C. de contr. empt. d. L. sub hac, D. de oblig. et act.*

XVII. Illud tenendum est hic exigere nos conditionem expressam, qua obligatio in voluntatem aut arbitrium promissoris conferatur, quales sunt superiores illæ quas retuli, ut quidem indicatur supra scriptis locis, sed maxime *d. L. in vendentis, C. de contr. empt.* Cæterum hac conditione non

expressa valet stipulatio et quivis alius contractus, etiam si maxime eadem conditio vi ipsa intelligatur. Et ideo quamvis ad conditionem significandam nihil intersit inter hæc, cum veneris, dabis, et si veneris: cum morieris, et si morieris. *L. quodcumque*, 45. §. *pen. de verb. obl.* tamen placet illa adjectione *si volueris*, dabis, (8) stipulationem esse inutilem: hac autem valere, dabis *cum volueris*, *d. L. centesimis*, 46. §. *ult. de verb. obl.* Illic scilicet exprimitur conditio, et per conditionem significatur tempus: hic contra exprimitur tempus, ac per tempus intelligitur conditio. *L. si Titio, D. quand. di. leg. ced.* Expressa nocent, non expressa non nocent. *L. expressa, D. de reg. jur.* Plura de vi conditionis omnis in alterius voluntatem collatæ persequi non est hujus loci. Ad conditiones potius pertinet, de quibus postea. Si quis tamen plura cognoscere vult, ut certe plura sunt, quæ hic dubitationem adferre solent, peperiet a nobis tractata ad *d. L. stipulatio non valet*, 17. *de verbor. obl.* Atque hæc sunt impedimenta multa et varia ut apparet, quæ contractui et obligationi obstant; sed omnia nata ex uno hoc fonte, quod in omnibus non est consensus inter contrahentes. Nullus autem contractus sine consensu, et conventione. Tantum, ut supra monui, hic agendum fuit, ut teneremus ea facta, in quibus exsisteret ille dissensus, aut quæ illum dissensum indicarent, quod generibus eorum propositis ostendimus.

(8) De differentia inter *si et cum*, vid. Val. Guil. Forst. *Obs. succis. C.* 11. Cæterum in arbitrium promissoris collata, nec traditione secuta robur accepit. Goed. *de Contr. stip. C.* 4. *n.* 107.

CAP. VIII.

Sine conventione ut quid alteri præstetur, non esse contractum. Rursum ut uni ex contrahentibus quid præstetur, non invicem utrique ab altero, ad contractum satis esse. Tum quibus in rebus positum sit, ut consensus ad obligationem constituendam interpositus jure comprobatus intelligatur.

Alterum in contractu necessarium, ut unus alteri contrahentium quid præstet, aut faciat. I.

Præstatio, seu factum mutuum minime contractui necessarium. Quæ talis definitionis exempla. II.

Contractus definitio a Labeone tradita in L. 19. de V. S. *accuratius exposita.* III.

Quid tertio loco in contractu necessarium. IV.

Causarum quælibet perficiendo contractui necessaria debet esse a jure probata seu recepta. V.

Propositum auctoris et methodus. VI.

I. Secundum exigit contractus, ut sit conventio et consensus ad dandum aliquid aut faciendum. Dixi ideo id ita esse quia alioqui futurum sit; ut sit conventio, ne quid detur, præstetur, liberandi scilicet debitoris, et distrahendæ obligationis caussa. Nunc autem quærimus conventionem, quæ sit contractus, id est qua contrahatur obligatio; unde contrahendi verbum. Nulla porro obligatio, nisi ad aliquid præstandum, ex definitione obligationis. *L.* 3. *D. de oblig. et act.* Exigit, ut unus det aut faciat alteri. Nam ut unus sua caussa quid faciat conventione effici non potest. Id potius consilium est. Nullum consilium obligatorium. *L.* 2. §. *ult. D. mand.* Unum igitur esse oportet, qui det aut faciat, qui et debitor est: alterum, cui detur aut fiat ex conventione, quem proprie creditorem vocamus: quia fide a debitore data ei credit, idest fidem ejus sequitur. *L.* 1. *D. si cert. pet.* Quod ni ita duo sint, quorum unus debeat, alteri debeatur, nulla ex omni caussa obligatio esse potest. Unde evenit, ut obligatione etiam ab initio recte constituta, si debitor creditori succedat, aut creditor debitori suo, obligatio tollatur confusione. *L. Stichum*, 95. §. *aditio. D. de sol. L. debitori, C. de pact.* Non alia de caussa, quam quod incipit idem esse debitor et creditor: quod natura non patitur.

II. Sed dum conveniat, ut unus det aut faciat alteri, satis est. Non exigemus ad contractum, ut uterque alteri facere debeat. Sane ubicumque id agitur, ut mutuæ sint obligationes et præstationes; si valet quod agitur, illic maxime proprie contractum esse, et dici constat, ut in emptione, venditione, et similibus. *L. Labeo libro, D. de verb. signif.* Sed ut nihil sit amplius in conventione, quam ut unus tantum obligetur alteri, nihilominus

contractus est. Exemplo sunt (1) stipulatio et mutuum. In stipulatione unus tantum obligatur promissor. Stipulatio tamen est contractus. *L. non solum, D. de obl. et act. L.* 1. §. 1. ver. *adeo, D. de pact.* In mutuo solus obligatur ad mutuum reddendum, qui accipit. Mutuum tamen contractus. *L. certi*, §. *numerari, D. si cert. pet.* Et ne necesse sit ex unaquaque specie accersere probationes, ipsa divisio contractus aperte id ostendit; cum obligatio ex contractu dicitur contrahi non consensu tantum, sed aut re, aut verbis. §. *ult. Inst. de obl.* Docemur enim postea re contrahi, ut mutuo: verbis ut stipulatione, ut declaratur sequentibus titulis apud Justinianum.

III. Labeo tamen aliter, ut refertur in *L. Labeo libro, D. de verb. signif.* ait contractum esse ultro citroque obligationem, quem Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem. Obligationem non intelligit juris vinculum, ut definitur supra obligatio: nam inter contractum et obligationem modo dictam tantum interest, quantum inter caussam et effectum, res inter se plane contrarias ex numero earum, quæ sunt πρός τι, quorum unum nunquam potest esse alterum. Contractus enim obligationem juris vinculum parit; obligatio hæc effectus est, qui ex ea caussa nascitur. Obligationem igitur vocant factum ipsum obligandi: ut sit obligatio ultro citroque non factum ultro citroque simpliciter, quo facto deinde obligemur (quo sensu cum iis quæ diximus, optime definitio conveniret) sed factum quo obligamur) utrumque enim inest in verbo obligandi) cui deinde illa adjunguntur, ut obligemur ultro citroque. Quo quidem non aliud significatur, quam contractum esse factum duorum pluriumve, quo alter alteri ultro citroque obligatur, idest invicem et mutuo, ut est horum verborum usus. *L.* 2. *D. de neg. gest.* juncta *L.* 5. in pr. *D. de obl. et act.* factum ergo mutuum quidem, sed et idem, ex quo mutuæ sunt utrinque obligationes, præstationesque civiles. In quam sententiam et cætera ejus loci occurrunt. Nam et συνάλλαγμα hoc significat, ut indicat *L. jurisgentium.* in pr. *D. de pact.* et exemplis utitur, in quibus mutuæ sunt obligationes. Postremo nisi ita accipimus, non differet contractus ab actu, et gestu; quæ tamen tria illic ita posita sunt, ut distinguantur a Labeone. Non dubium igitur, quin Labeonis sententia fuerit eo loco, contractum esse conventionem, ex qua uterque contrahentibus alteri obligatur invicem et mutuo: quod negamus. Dicendum est Labeonem id ibi definivisse, ubi tria hæc eodem loco conjungebantur, actum, contractum, gestum, ut locus indicat. Hoc ille voluit, cum hæc tria ita conjunguntur, si recte distinguuntur alia ab aliis, necesse esse ita contractum intelligi, ut diximus: non quia hic sit usus et proprietas verbi; sed quia sententia auctoris ita accipi debeat, quam apparet non frustra hæc distinguere voluisse. Quod ne in eo loco, aut in his verbis vitiose fieri quis existimet, animadvertendum est sic esse usum omnium auctorum recte loquentium, et maxime juris, ut quæ verba per se posita et sua vi generalia sunt, ea si cum aliis finitimæ significationis conjunguntur, ex instituto loquentis fiant specialia, quo magis res singulæ singulis verbis ad speciem certam traductis intelligantur. Exempli caussa, injustum testamentum est omne quod jure non valet. Idem est irritum. Sed et quod rumpitur postea, irritum fit: et quod fit irritum, rumpitur. Et tamen cum hæc conjunguntur apud juris auctores, ut dicatur quoddam testamentum injustum, quoddam ruptum, quoddam irritum.

(1) Diss. Marq. Freher. 1. *Parerg* 16. contendens nullum esse contractum *μονόπλευρον*, sed stipulatorem quoque ad accipiendum teneri, cum nemo liberetur ingratiis. Unde apud Plaut. *in Epidico Act.* 1. *sc.* 1. Thespio se astringit ad accipiendam cœnam. Et creditor cui satisfactum, ad pignoris restitutionem, syngraphæ redditionem aut apochæ dationem tenetur. Sed vereor ut ex his satis istud adstruatur. Quæ enim in acceptione rei solutæ præstatio. Quis dubitet neminem cogi debitum sibi, si nolit habere, oblatum recipere, maxime si obligatione exsolvere debitorem paratus, nullam certe ejus rei gratia proditam actionem. Qui autem si vel esset accipiendi necessitas creditori, credere convenit Labeonem, in d. *L.* 19. eo respexisse, de quo vel nunquam vel rarissime quæri posset. Paratiores plerique ad exigendum quod non debetur, quam ad respuendum quod debetur. Quin hac ratione creditor eo ipso quia creditor, debitor quoque foret, ac oppositi respectus in eundem ratione rei ejusdem concurrent. Jocatur vero Thespio apud Plautum, et ludit. Ad hæc res ibi inter conservos geritur. Et Epidicus dum audit ad suam promissionem alterum spondere; mirabundus quærit. Quid? ostendens hæc plane non convenire. Denique pignoris restitutio est ex propria obligatione, non mutui, et ut syngraphæ etc. Neque ad ea, agitur actione quæ ex mutuo. Dissentit aliter vulgo Doctorum qui hinc inde obligatorios proprie contractus esse, reliquos large et improprie. Moza. *de contract in genere Art.* 4. *n.* 4. *et seqq.*

ritum, incipit mutari significatio, et contrahi singula ad species distinctas, quæ vi sua erant generalia, ut declaratur in §. *alio, Institut. quib. mod. test. inf.* Sic et actio generaliter est omnis petitio, et persecutio, quæ fit judicio. *L. actionis, D. de obl. et act.* Et tamen cum conjunguntur actio et petitio, actionis verbo intelligitur actio in personam; petitionis appellatione actio in rem. *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signif.* Idemque in sexcentis aliis licet observare. Sciamus idem evenire in verbo contractus. Contrahere, ut compositio et origo verbi indicat, generaliter est, una cum alio mutuo facto atque opera ad unum aliquem obligationem trahere. Id autem fit, sive unus tantum alteri obligetur, sive mutuo uterque alteri. Sed mutari significatio intelligitur ex adjunctis, cum superiora illa tria conjunguntur, quia jam his caussas diversas notare voluisse auctorem apparet. Sed de universa significatione atque usu verbi contractus, vide plura in *Commentariis nostris ad L. 1. D. de reb. cred.*

IV. Superest tertium ad vim et substantiam contractus pertinens, ut quæcumque conventio est et consensus ad aliquid præstandum ab uno alteri, jure is consensus ad eam rem comprobetur. Aliter non fit contractus: id est, aliter non contrahitur obligatio, quam hic constitutam volumus. Nec longius hujus rei probatio petenda est, quam ex eo, quod dicuntur omnes obligationes aut civiles esse aut prætoriæ, id est, alterutro jure aut constitutæ aut comprobatæ. §. 1. *Inst. de obl.* Sic jure comprobari intelligetur consensus ad eam obligationem et præstationem, quæ hic quæritur, si omnia sine quibus conventio esse non potest, jure ad eam rem recepta atque idonea constituta reperiuntur. Sic enim fiet, ut omnibus velut partibus jure constitutis, necesse sit totum, quod ex his rebus perficitur, eodem jure haberi.

V. Quatuor sunt natura, sine quibus conventio ut quid fiat, esse non potest: Conventio ipsa per sese, seu consensus tanquam efficiens caussa, interdum et forma obligationis, ut in stipulatione: finis dandi, acquirendique, quem ad rem omnis hujusmodi conventio comparata est. Res promissa, deductave in obligationem tanquam materia, in qua obligatio versetur, tum convenientium seu contrahentium personæ, partim tanquam pars quædam efficientis caussæ, quatenus per eas obligatio contrahitur; partim materiæ, quatenus in his obligatio recte consistit. Nec vero hæc omnia ita concurrunt, ut recipiantur jure ad obligationem, nec valet jure conventio, nec contractum efficiet ea, quæ jure obligationem non parit. Hanc enim parere est efficere, ut contrahatur. Non statim autem hæc omnia jure idonea ad obligationem constituendam. Quin potius habent singula, quod sit proprie animadvertendum. Nam neque omnis conventio obligationem parit, etiamsi recte concurrant cætera tum in fine acquirendi, tum in rebus promissis, tum in personis: neque a quocumque aut cuicunque quid præstitum velimus, idoneus est finis, quem jus agnoscat: nec res omnes in obligationem deduci et promitti possunt: nec omnes personæ ejusmodi, quæ obligationem in se admittant, aut adversus alios acquirant.

VI. Reliquum est igitur ad expletionem contractus omnis, ut qualia hæc sint, cognoscamus. Id autem ad commoditatem cognoscendi ita videtur faciendum, ut de singulis sicut distincta sunt inter se et communes præceptiones habent, ita distincte, et semel atque in commune dicatur. Non ut in Pandectis et Codice factum videmus: ubi variis generibus contractuum propositis, in singulis iidem isti loci inculcantur; non solum magno cognoscendi et eadem repetendi labore, sed etiam certo errore objecto legentibus; qui quia de singulis his locis in unoquoque contractu dici vident, propria cujusque contractus esse existimant, quæ sunt communia; diversa contra, quæ sunt posita in una eademque cognitione. Quod si semel et generatim singula cognoscemus, minuerimus maximam laboris partem, et ut brevitati, ita etiam prudentiæ cognoscentium consulemus, ac sine ullo errore consequemur statim, quod volumus de contractibus in universum omnibus.

C A P. IX.

Quæ in universum conventiones valeant. In obligatione constituenda quæ obligationem pariant. Has ab Ulpiano notis quibusdam designari in *L. 7. D. de pact.* Quibus, et quam recte. A Cajo et Justiniano divisione ex suis caussis petita certo demonstrari. Hanc divisionem esse, quam cum veteribus sequi oporteat. Quod in ea ambigui, aut vitiosi videri possit, explicatum. In ejus tractatione, cur sit ab his quæ sunt ex consensu, incipiendum.

I. Non omnis, ut dixi, consensus et conventio in hoc, ut quid detur aut fiat, obligationem parit; et ut nunc loquimur, non ex omni conventione nascitur, contrahiturque obligatio. Est quidem edictum prætoris de pactis ita scriptum, ut quidem nobis relictum est in *Pandectis*, quasi omnia pacta pariter valeant. Sic enim verba sunt, ut polliceatur prætor se pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque contra leges facta erunt, servaturum: nec quidquam excipitur præterea. *L. jurisgentium*, *§. ait prætor*, *D. de pact.* Sed edictum sic acceptum est ab omnibus juris auctoribus, ut si quidem pactio ad liberandum reum sit interposita, ea omnis valeat, pariatque reo liberationem: si potest, ipso jure, ut in quibusdam caussis, de quibus in *L. si tibi*, *§. 1. §. de pignore. L. ab emptione*, *D. de pact. Sin minus* (quod fere contingit in caussis omnibus) saltem per exceptionem, quam dicuntur omnia pacta etiam postea et ex intervallo interposita parere. *L. jurisgentium*, *§. sed cum nulla*, *§. quinimmo*, *D. de pact. L. in bonæ*, *C. eod.* Quod si conventio sit alterius obligandi caussa, seu ut quid detur, aut fiat, placet eam non statim valere, et parere obligationem; sed suis conditionibus, quatenus scilicet per leges licebit. Ac quam recte ita veteres sint interpretati; quidque eo contineatur, exposui copiosius ad *L. legem*, *et L. in bonæ*, *C. de pact.* Cujus juris nunc summam colligam et proponam breviter hoc loco, ut possit intelligi, quam conveniat cum ea divisione, quæ est apud Justinianum de eadem re, quam præcipue sequi cogitamus, quamque in dissimili via eumdem tamen finem et exitum habeat, idemque efficiat.

II. Sic autem fere definitio summa est: Ex pacto, id est, ex pacto nudo, actionem non nasci. *d. L. jurisgentium*, *§. quinimmo*, *D. eod. L. legem*, *C. eod.* præterquam si pactio lege confirmetur. *L. legitima*, *D. eod.* Quod si conventio non sit nuda, tum vero ex ea obligationem esse et actionem. Quæ si paulo pluribus exposita cognoscere volumus, sic res explicatur ab Ulpiano ex hac divisione.

III. Conventio (1) privata duplex est: jurisgentium, et legitima. *L. conventionum. eod.* Jurisgentium, non quæ inducitur jure gentium, sed quæ inducta ab hominibus;

(1) In qua Ræv. 4. *var.* 1. alteram vocem *privata* delet; itemque verba, *aut jurisgentium*, aut Triboniani aut interpretis esse contendit, quia omnes omnino conventiones jurisgentium, publicæ quoque. Quo enim alias jure hostis cum hoste paciscitur. Civilibus certe legibus peregrinus non est alligatus. Et jus gentium suas conventiones nec numero, nec certis speciebus definitas habet. Nec in *L. 5. de I. et I.* habetur conventiones quasdam esse jure civili introductas, quod absurdum, sed obligationes. Quin et conventiones legitimæ jurisgentium. Si enim lege confirmantur, necesse est etiam antequam confirmarentur fuisse conventiones. Hæc et alia Rævardus, quibus non ita operosum est occurrere. Sane si quod esset receptæ lectionis vitium, in gravius tamen sua correctione inciderat Rævardus. Qua fit ut privata pacta legitimis, tanquam species adversa opponantur.

jure gentium probatur, valetque ad agendum. Non enim jus inducit, ut quid homines conveniant, aut paciscantur inter se, quæ cuivis libera sunt; sed quæ ab illis sunt pacta aut conventa, ea jus probat aut improbat, ex illis actionem dando, ubi res actionem desiderat, hic denegando. Unde et sic conventio legitima definita, non quæ inducta sit lege, sed quæ lege aliqua confirmetur. *d. L. legitima. eod.*

IV. Jurisgentium conventio omnis parit actionem Ulpiano, quæ non est nuda. *d. L. jurisgentium.* in pr. vers. *sed cum nulla.*

V. Non nudæ duas notas statuit, ex quibus ipsis velit intelligi obligationem et actionem ex conventione. Una est hæc, si conventio in suo nomine non stet, sed transeat in proprium nomen contractus: idest sit ejusmodi, non quæ nihil dicatur nisi conventio; sed quæ habeat eam speciem, quæ proprio et distincto ab aliis nomine appelletur. Qualis est emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum. *d. L. jurisgentium.* in pr. Quæcumque conventiones præter generale illud conventionis, suum nomen habent: in his receptum est, ut nudo etiam consensu constituant obligationem. *L.* 1. illic, *alioqui. D. de rer. permut.* Non sane propter nomen. Nihil enim nomen ad rem facit; quæ dum intelligatur, quo nomine designetur, nihil interest. §. *si quidem, Inst. de leg.* Et vero leges imponuntur rebus, non verbis. *L.* 2. in fin. *C. com. de leg.* Sed propter utilitatem conventionis et commercii, qualis est in illis quatuor contractibus, quos supra commemoravi, Utilitas fecit, ut conventio esset in usu communi. Usus nomen rei peperit. Ita utilitas caussa est obligationis constituendæ: nomen indicium et nota constitutæ. Ideo et notam vocamus.

VI. Altera nota est, qua intelligamus jurisgentium conventionem, ut non nuda est, ita actionem parere, si præter conventionem dedi tibi quid; aut feci ea lege ut vicissim quid mihi dares aut faceres. Ut, si dedi tibi Pamphilum, ut mihi Stichum dares: dedi Pamphilum, ut Stichum manumitteres. In qua conventione hæc duo insunt; conventio scilicet ut des aut facias; et præterea quod dedi prius, aut feci hac ipsa conventione, ut dares, faceres. Placet, inquam, ex ea conventione omni obligationem et actionem nasci tum jure gentium, tum civili. *d. L. jurisgentium.* in pr. illic, *sed etsi in alium.* Hanc dationem et factum Ulpianus ibidem vocat caussam, quæ subsit, item quæ subsit præter conventionem, ut in verb. *sed cum nulla.* Et recte, dum hoc sentit caussam hanc esse obligationis constituendæ. Ut intelligamus duas hic esse (2) caussas obligationis. Conventionem quidem sine dubio, sine qua nihil deberetur. Sed præter conventionem subesse etiam illam alteram ejus quod prius datum aut factum est.

VII. Quod si neutrum horum erit, id est neque conventio transibit in proprium nomen, neque præter conventionem quidquam datum aut factum erit, ut vicissim dares aut faceres: tum fit illa pactio, quæ Ulpiano et veteribus dicitur nuda pactio, et nudum pactum, ex quo obligatio et actio non nascitur, ut declaratur in *d. L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla, D.* et *d. L. legem. C. eod.* Nuda pactio dicta, quæ est sola; nuda scilicet a (3) superioribus rebus omnibus; quæ obligationem vel faciunt, vel indicant. Denique quæ nihil nisi conventio est, et dici-

(2) Hot. *ad L. 7. de pact.* Contractus alios habere nomen tantum, ut emptio, locatio etc. qui solo consensu consistunt; alios caussam tantum ut innominati; alios utrumque ut cæteri. Cujac. 2. *Obs.* 15. Pactum e contractu sic separatur. Pactum neque nomen neque caussam habet. Contractus aut nomen habet, aut si nomine vacat, certe caussam habet. A. Fab. *ad L. 7. §. 1. de pact.* Causa quando subesse dicitur, non denotatur præcedens aliqua, quæ occasionem dedit. Nam et sic pacta habent causam; alias Prætor ea reprobat *L. 2. §. circa 3. de doli exc.* junct. *L. 4. de reb. cred.* sed negocium quod subest in ipsa conventione, eique non tam occasionem quam materiam præstat. Mattheac. *Lib. 1. de via et rat. jur. C.* 6. *n.* 28 causam exponit synallagma ac simplex vel mutuum factum seu commercium obligatorium, et Gend. *de contr. stip. C.* 1. *concl.* 3. *n.* 29. tractatum hinc inde spontaneum ut exinde sit obligatio. Ex hujus autem ut et Vult. *ad pr. I. de Obl. n.* 26. sententia, etiam contractus consensu initi habent caussam; quia inquit Vult. si quis vendat, præter conventionem adeat caussa, factum vendentis; non autem si venditurum promisero. Illic factum præsens, hic confertur in futurum.

(3) Nuda a caussa, a nomine, a stipulatione, Vult. *in pr. I. de obl. n.* 26. Cujac. *ad L. 1. de pact.* nuda vocari quod solo placito constent, nihilque præter nudam conventionem habeant. Unde et DD. definiunt pactum nudum, quod stat in puris terminis conventionis. Bart. *in L. 7. §. 5. de pact. n.* 14. probante Greg. Lopez. *Animadv. C.* 9. *n.* 2. *et* 3. cum quo tamen nolim duplex nudum pactum agnoscere. Adde *infra C.* 11. *not.* 3.

tur; nuda non solum re, sed etiam nomine. Re, quia præter conventionem nulla res, nullum factum intervenit, propter quæ aliquid vicissim dari aut fieri oporteat. Nomine; quia quemadmodum est conventio, ita tantum dicitur conventio et pactio nomine generali, neque proprium nomen habet, in quod transeat. Sic est usus auctorum juris in hoc verbo, similiter ut nuda voluntas, nudus consensus dicitur sola voluntas, solus consensus. Nullis aliis rebus præter consensum et voluntatem ad id efficiendum, de quo quæritur, intervenientibus. *L.* 1. *D. de rer. permut.* *L.* 3. *L.* 5. §. *ult. D. de resc. vend.* *L.* 1. in pr. *D. de pign. act.* Ex hoc genere, ut dixi, non nascitur actio. Sed hoc ita, nisi sit facta conventio legitima. Ex hac vero sine exceptione et dubitatione ulla actio nascitur. Est enim ea quæ ad eam rem lege confirmatur. *d. L. legitima. de pact.* qualis est stipulatio, et constitutum, in quibus in §. *de constituta. Inst. de act.* et item aliæ nonnullæ conventiones, de quibus postea opportunius.

VIII. Atque hæc Ulpianus ad edictum de pactis, de vi conventionum, et quæ conventiones actionem pariant. Divisio quidem et tractatio pertinens ad id, de quo nunc quærimus, ut apparet, et sententiam de eo veram ac certam continens: sed non ea, qua aut veteres de obligationibus, quæ ex contractu sunt, tractantes, usi sint, aut nos nunc utamur. Quamobrem, dicam paulo post. Nunc dicam, cur, cum non utamur, visum sit eam attingere. Ita res nimirum postulabat multis de caussis. Primum pertinebat ad explicationem edicti de pactis, quod cum ei distinctioni conventionum, quæ proponitur, obstaret, faciendum fuit, jam statim ab initio, ut hæc objectio ea divisione removeretur. Pertinebat præterea per se ad vim conventionum, de qua quærimus. Quare cum exstaret sub titulis de pactis, conveniebat hanc non umitti, ne quid nos fugeret ejus juris, quod faceret ad hanc cognitionem. Et quoniam divisio erat juris certi, conveniebat hoc loco de ea nos moneri, ut sciremus quem usum, quemve locum in hac tractatione obtineret. Postremo, quod præcipue spectavi, id agendum fuit, ne cum ad aliam divisionem in hac quæstione veniremus postea, audiremus autem illam esse alteram; hic quidquam illa altera nos conturbaret; quæ et scripta est aliis verbis et alium ductum sequitur: quasi illa omissa aut non complecteremur omnia, quæ sunt hujus loci, aut contrarii aliquid, eoque et falsi diceremus. Quod ne fiat, ita consequi licuit, si sententia et vis prioris illius breviter cognosceretur. Sic enim futurum est, ut ea cognita, et collata cum ea quæ sequetur, possit intelligi, ut proposui, quam re ipsa non dissideat una ab altera; sed potius quam ambæ alia quidem via, idem tamen, assequantur.

IX. Sed etsi hæc ita attingenda hoc loco fuerunt; non est tamen, ut dixi, ea divisio superior, qua cum de obligationibus ex contractu agitur, recte uti liceat, quæque sufficiat ei rei explicandæ. Veras caussas obligationum ex contractu nunc quærimus. Illa divisio ducta est non tam ex caussis, quam ex notis, ex quibus obligationem deprehendamus. Nunc id agitur, ut notæ sint conventiones omnes, quæ obligationem pariant. Superior divisio genera summa tantum delibat leviter, et ea sumpta a jure; ad quod illa nos remittens adhuc relinquit obscurum, quænam sint eæ conventiones, quas jus confirmet, aut contra. Factum quidem utrumque sine vitio ab Ulpiano, qui serviit instituto et loco, quem interpretabatur. Scripsit enim ad edictum prætoris de pactis. Quo edicto de vi conventionis agitur, non de obligationibus constituendis. Tantumque ad id edictum satis erat intelligi, ita pactum omne quod ad obligandum esset, servari eo edicto, dummodo non esset nudum. Ex nudo enim actionem nasci vetat regula juris antiqui. Nisi tamen pactum sit legitimum. Unde tantum visum fuit e re esse explicare, quod esset pactum nudum, quod non nudum; item quod esset legitimum. Quod superiore divisione assecutus est. Hoc autem loco cum propositum sit ex professo quærere in universum, quæ conventiones obligationem pariant, idque ut certum fiat, ex suis caussis tantum recte statuatur, eadem divisione ad eam rem explicandam recte uti posse non volemur. Et certe cum de generibus obligationum ex contractu agitur, hac veteres non esse usos constat: sed illa quæ a prioribus accepta, postea usurpata plenius a Caju, translata est deinde in *Institutiones*. Nam quæ Caii est relata in *L.* 1. et *L.* 2. *D. de obl. et act.* legiturque pluribus verbis in Institutionibus in hoc argumento; eadem est, quæ et Pedii, ut indicatur in *L.* 1. §. 1. illic, *adeo, D. de pact.* Ea enim et recepta sit in hac quæstione, et caussas habeat, propter quas quæque conventio obligationem pariat, seu propter quas contrahatur conventione obligatio; et singulas species earum conventionum atque contractuum plenius et ex professo persequatur; omnes caussæ sunt, cur hanc quoque in hac re potius, quoad licet,

sequamur, et præsertim quæ est apud Justinianum, quæ uno genere est plenior in §. *ult. Institut. de obl.*

X. Is obligationum ex contractu facit caussas quatuor. Aut enim, inquit, re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. Vera divisio, si rem spectamus: sed in bis generibus primis nonnulla ambiguitas est, quæ nisi explicatur, inducet nos in errorem. Ambiguitas igitur hæc initio explicanda. Primum sit obligationes quasdam contrahi consensu, et hoc membrum distinguit a prioribus, similiter, ut Cajus in *L. 1. de obl'ig. et act* quasi scilicet in prioribus obligatio non contrahatur consensu. Quod falsum est. Nam ut ante diximus, nullus est contractus, qui non habeat in se consensum et conventionem, sive re, sive verbis fiat. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ergo quod dicitur in superiore divisione, obligationem contrahi consensu, sic intelligi debet, non consensu simpliciter, sed consensu solo, ut explicatur postea apud Cajum in *L. 2. de obl. et act.* apud Justinianum sub *Tit. de obl. ex cons.* Hoc modo constat sibi, et vera est divisio. Sic enim res habet, ut quas uterque dicit contrahi consensu, contrahantur consensu solo: in cæteris autem membris non contrahatur obligatio solo consensu. Non quia et in his non contrahatur consensu: sed quia non solo; verum cum ad consensum accesserint res, aut verba, aut literæ, ut sic dicatur obligatio perfici re, verbis, literis. Deinde tria hæc membra, tresve species, in quibus obligationem ait contrahi aut re, aut verbis, aut literis, sic distinguuntur ab eo genere quarto, in quo nascitur obligatio ex consensu solo, ut omnia tanquam genera summa in eadem divisione posita exæquentur inter se, et paria constituantur. Quod rursum non ita est. Nam in hac divisione duo tantum sunt genera inter se paria, et mutuo opposita, ut obligationum, quæ ex contractu nascuntur, quædam contrahantur solo consensu, quædam non solo, sed cum aliquid ac essent. Hujus autem posterioris generis subdivisio hæc est, ut quæ consensu solo non contrahuntur, contrahantur tribus his modis, re, verbis, literis. Quod cum ita sit, erroris vitandi caussa sententiam superioris divisionis retinebimus, tollemus id quod ambiguum et obscurum est, et divisionem accommodate ad ea (4) genera duo quæ diximus, instituemus.

XI. Sit igitur hæc divisio. Omnis conventio, ut quidem obligationem pariat, aut parit solo consensu, aut tum cum ad consensum aliquid accesserit earum rerum, quas jure oportet. Aut hoc modo: obligatio omnis, quæ ex conventione nascitur, et quia contrahitur, ideo dicitur nasci ex contractu, aut contrahitur consensu solo, aut cum aliquid eorum quæ oportet, ad consensum accesserit: cujus generis illa sunt tria, res, verba, literæ, quæ Justinianus divisione sua complexus est. Ex quibus duo priora Cajus. De posteriore genere ambo prius egerunt, uti et in divisione prius posuerant. Ut enim divisio ab illis ita concepta est, ut dicerent obligationes contrahi aut re, aut verbis, aut (ut Justinianus addit) literis, aut consensu: ita eodem ordine divisionem prosecuti, egerunt prius de obligationibus, quæ re, verbis, literis contrahuntur, postremo de obligationibus ex consensu solo. Quamobrem, non possum dicere; nisi forte illis visum est prius genus paucioribus verbis contineri; illud autem, quod est ex consensu solo, indigere pluribus: ideo tanquam difficilius in postremum locum rejecisse. Sed vera ratio tum naturæ, tum doctrinæ quominus ita fiat, refragatur. Quoties enim de conventione quæritur, an obligationem pariat, necne, prima hæc quæstio est natura, an pariat solo consensu. Nam si parit, hic consistendum est, et stulte quæritur, quibus aliis rebus accedentibus obligationem pariat, cum etsi nullæ accesserint, pariat nihilominus. Quod si constabit conventionem non parere obligationem solo consensu, tum fit locus sequenti questioni, nec prius, ut quæratur, quibus ergo rebus ad consensum accedentibus contrahatur obligatio. Hunc ordinem legendo aut scribendo pervertere possumus, si libet: dum tamen meminerimus ordine intelligentiæ, et natura rerum in omni hac quæstione, si quidem consulti recte respondere volumus, semper incipiendum a priore illa, et si ei locus non est, ordine ab ea transgrediendum ad secundam. Convenit præterea inter omnes, priorem esse simplicium, quam compositorum cognitionem: si quidem composita exsistunt ex simplicibus, quæ ideo prius nota esse, et prius haberi oportet. At conventio, quæ solo consensu obligationem parit, est conventio simplex. Qua autem parit obligationem aliis rebus accedentibus, ea est composita constans partim consensu, partim re, aut ver-

(3) Aliter Vult. *in pr. I. de obl. n.* 39. Gud. *ad L.* 12. *de V. N.* 6. Bodin. *in distrib. jur. univ.*

bis, aut literis. Quapropter et prioris illius generis prior cognitio est omnino, posterioris posterior. Hic ordo cum sit naturæ et rerum, hunc quoque in docendo sequi, non pervertere debemus; ne ex præpostera tractatione error etiam in natura rerum consequatur. Cum sciamus huc comparatam esse doctrinam omnem, ut rem qualis est, audienti legentive repræsentet. Sed et hoc ita faciendum esse ipsi auctores juris multis locis præcipiunt: præsertim cum ita res quædam inter se affectæ sunt, ut frustra veniatur ad unam aliquam, nisi de alia, quæ prior sit, prius constitutum fuerit. Exempla in *L. 4. D. qui test. fac. pos. L. quidam. verb. ego autem, D. de jur. cod.*

CAP. X.

Quæ conventiones solo consensu obligationem pariant. Earum quasdam esse jurisgentium, quasdam legitimas. Jurisgentium has quatuor, Emptionem venditionem; Locationem conductionem; Mandatum; Societatem, neque plures; non certe donationem, non permutationem, non transactionem: et cur. Legitimas esse has tres, Constitutum; Contractum emphyteuticum; Pactum donationis, quo quis se dicit donare in præsentia. In hoc numero non esse sponsalia, nuptias, dotis pollicitationem et quare. In universum autem quid valeat obligationem solo consensu contrahi.

Conventionum quæ solo consensu perficiuntur, quædam sunt jurisgentium, quædam legitimæ seu juris civilis. I.

Jurisgentium quatuor; et quæ illæ. II.

Legitimæ obligationes quare a Cajo primum, deinde a Justiniano prætermissæ in Institutionibus. III.

Conventiones Jurisgentium quæ nudo consensu constent, solæ quatuor ex Cajo et Justiniano; nec ex Ulpiani sententia plures. IV.

Nec ad illas quatuor pertinent donatio, permutatio, transactio, et quare. V.

Illæ autem non ex nomine, sed ex utilitate commercii nudo consensu obligant, et pariunt actionem. VI.

Cur quatuor superiores, et quæ his incontinenti apponuntur, ex nudo consensu obligent, et habeant actionem; non item aliæ conventiones nudæ; quo loco disserit auctor. VII.

Posteriores, ubi a lege confirmentur, et ipsæ habent actionem. Cujusmodi tres. VIII.

1. *Constitutum. Hoc quid sit, et quare legitimæ conventionis jura nactum a Prætore. Ulpiani ratio ab auctore commode explicata.* IX.

2. *Contractus emphyteuticus; et hic ex Zenone inter legitimos qui solo consensu actionem pariant, numerandus.* X.

3. *Pactum donationis ex Justiniano. Tribus his quare legitimi contractus appellatio convenit.* XI.

Nuptiæ et sponsalia nudo consensu constant, et ad societatem, unam e superioribus quatuor Jurisgentium conventionibus pertinet; et quomodo. XII.

Promissio dotis ad quod contractuum genus pertineat. XIII.

Item stipulatio, et obligatio literarum: quare hic ambarum prætermissa tractatio. XIV.

Consensu sola obligatio contrahitur, cum nihil præter illum desideratur. XV.

Ille aut indiciis, aut re et facto colligitur. XVI.

Indiciis hujusmodi: verbis, literis, et nutu. Obiter de singulis. XVII.

Re et facto quomodo consensus arguatur. XVIII.

Consensus explicatur aut inter præsentes, vel inter absentes: Hos inter nuntio et per literas; inter illos modis omnibus superioribus. XIX.

In contractibus, qui solo consensu constant, nec verba, aut res, aut factum, aut instrumenta necessaria. XX.

Scripturam, seu instrumenta, præterquam in emphyteusi in nullo contractu requiri necessario. XXI.

I. Conventiones quæ solo consensu obligationem et actionem pariant, si in unum conferantur, numero sunt septem. Sed earum genera summa duo. Nam quædam jure gentium consensu solo obligationem pariunt; quædam solum jure civili et lege: ut cum veteribus illas jurisgentium conventiones dicere liceat, has legitimas. *L. conventionum, et seqq. D. de pact.*

II. Juregentium obligationem pariunt solo consensu hæ quatuor; emptio venditio, contractus unus; locatio conductio, contra-

ctus item unus; mandatum; societas. Hoc de his diserte scriptum in *L.* 2. *D. de obl. et act.* et *Tit. Inst. de obl. ex cons.* Dicitur quidem his locis obligatio contrahi consenso, nec nominatim additur, solo: sed utrobique adjiciuntur ea, quæ hoc idem non paulo apertius exprimant, quia pluribus et significantius declarant. Nam de consensu solo pluribus expressum est, cum ita dicitur in his conventionibus sufficere eos, qui negotia gerunt, consentire. Quod plane nihil aliud est, quam in his satis esse eorum consensum solum. Ut autem intelligeremus etiam, quid valeat hoc solum; sic explicatur, ut dicatur in his præter consensum nullis rebus opus esse, ut substantiam capiat obligatio, non re, non verbis et præsentia, non scriptura aut literis. De quo mox plura.

III. Sed an solæ hæ conventiones, in quibus contrahatur obligatio solo consensu? Solæ juregentium. Ideo non plures numerantur in hoc genere neque apud Cajum in *d. L.* 2. *de obl. et act.* neque apud Justinianum *d. Tit. de obl. ex cons.* At sunt et aliæ conventiones, quæ jure civili solo obligationem et actionem solo consensu pariant, quas legitimas vocamus, ponimusque in altero genere ex lis, quæ sunt propositæ. Et ita est omnino, ut declaratur, *L. legitima, D. de pact.* fatendumque est eas conventiones in hac divisione Caii et Justiniani esse prætermissas. Proinde ab illis solas hic positas conventiones jurisgentium quæ solo consensu parerent obligationem. Quod in utroque non caret aliqua defensione. Nam re vera temporibus Caii, quæ conventiones solo consensu non tenerent, prope non plures fuerunt, quam superiores quatuor, ne legitimæ quidem. Una enim tantum fuit, conventio pecuniæ constitutæ, quæ pareret actionem: sed hanc comparatam edicto prætoris, non vera lege, ut possit videri nec jurisgentium esse conventio, nec legitima. Aliæ conventiones, si quæ sunt legitimæ, confirmatæ sunt postea constitutionibus, ut postea dicetur. Quod ad Justinianum attinet, vel potius ad eos, qui ejus mandato Institutiones collegerunt, hi cum a Cajo sumerent, quod ad hoc argumentum pertinebat, sat habuerunt id ponere, quod apud illum invenerant, nisi quod eum apertius aliquid visum est, id addiderunt; ut addiderunt de literis in divisione obligationum ex contractu propter constitutionem Justiniani de hoc genere, quæ tum erat in manibus. Nos cum velimus nosse, certe in eo simus, ut norimus omnes conventiones, quæ solo consensu obligationem pariant, et constet esse etiam in his quasdam legitimas, sive quæ jam olim, sive quæ postea confirmatæ sint: utrumque genus in hanc divisionem includere debemus. Sic tamen, ut maneat, juris gentium conventiones, quæ solo consensu actionem pariant, non alias, quam illas quatuor positas esse a veteribus.

IV. Sed videbitur fortasse Ulpianus plures posuisse in *L. jurisgentium*, in pr. *D. de pact.* Ubi generaliter definit omnem conventionem jurisgentium actionem parere, quæ non stat in nomine conventionis, sed transit in proprium aliquod nomen. Immo Ulpiani definitio hoc ipsum confirmat, non plores conventiones obligationem parere solo consensu, quam illas superiores. Ut enim non sunt plures, in quibus dicatur Cajo et Justiniano obligatio contrahi solo consensu: Ita nec plures, quæ eum solum consensum habeant, transeant in aliud nomen. Quod si verum est, nec sententia et definitione Ulpiani in pluribus solo consensu contrahitur obligatio.

V. De tribus tamen dubitatum est, non quæ enumerationem superiorem Caii et Justiniani oppugnent, sed definitionem Ulpiani: de his, inquam, tribus conventionibus, donationis, permutationis, transactionis. Ex quibus constat actionem non nasci; et tamen videntur suum proprium nomen habere. In donationis caussa si paciscar, seu promittam pacto me tibi donaturum, non obligor. Nam ex pacto non nascitur actio, ut supra diximus: neque id jus mutavit Justinianus in *L. si quis argentum, C. de don.* Uti postea in conventionibus legitimis dicetur. In permutatione si convenerit inter nos permutationis caussa, ut tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum: ex hoc placito re non secuta, nulla nascitur actio ex eadem regula superiore, *L. ex placito, C. de rer. permut.* Similiter in transactione, si transactionis caussa remittam tibi pacto actionem ea lege, ut mihi centum des, non possum ea centum a te petere. *L. sive apud. C. de trans.* Quod quidem cum enumeratione Caii et Justiniani optime convenit. Confirmat enim ex aliis conventionibus, quam illis superioribus quatuor, solo consensu actionem non nasci. Sed ut cœpi dicere, videtur adversari sententiæ Ulpiani, qui dat actionem ex omni conventione juris gentium, si conventio nomen habeat. Videntur autem superiores conventiones tres in proprium nomen transire, si quidem propria nomina conventionum videntur hæc esse, donatio, permutatio, tran-

sactio. Hoc vero noo ita est. Quin ut omnia in hac re Ulpiano cum Cajo et Justiniano consentientia animadvertere liceat, quemadmodum ex supra scriptis tribus conventionibus non nascitor solo consensu actio ex enumeratione Caii et Justiniani: ita convenienter Ulpiani sententiæ hæc ipsa nota esse debet, cur non nascatur, quia in proprium nomen noo transeant, re(1) nondum secuta, quales eas conventiones proposuimus. Non enim conventio donationis est donatio; placitum permutationis, permutatio; placitum transactionis, transactio. Tunc donatio est non cum promitto me donaturum, sed re ipsa do, idest trado, donandi animo. *L. 1. D. de donat. L. senatus, §. donatio, D. de mort. cav. donot.* Sic permutatio non est conventio de permutando sed tonc cum res ipsæ invicem vere permutantur: quod fit traditis et translatis rebus. Et transactio tonc est, cum vere transigitur, idest, cum ita disceditur a lite, ut nulla amplius sit actio. Quod fit non nudo pacto, sed sublata ipso jure per acceptilationem, aut alio modo actione. Quæ prius quam cootigerint, manent superiores conventiones nudæ, quæque in aliud nomen non transeant, ut oon magis enumeratione Caii et Justiniani excludantur, ne actionem pariant, quam Ulpiani definitione. Ita semper omnium sententia probatur, solas esse illa jure gentium conventiones quator, quas diximus, ex quibus solo consensu nascatur obligatio.

VI. At saltem adversator edictum prætoria de pactis: quo ille non certas aliquas conventiones, sed generaliter omoia pacta, quæ neque dolo malo, neque contra leges facta sint, pollicetur sine exceptione se servaturum. *L. jurisgentium. §. ait. D. de pact.* Hoc ego satis expedivisse videor ad *L. legem, C. de pact.* ad hanc summam. Generaliter quidem, ot verba sunt, polliceri prætorem, se pacta conventa servaturum, idest omnes omnis generis conventiones, idque tum actionem dando, tum exceptionem, prout res postulabit. Sed in actione danda semper hoc excipi, dum ne sit pactum nudum. Inesse enim in edicto tacite hanc conditiooem, quod eis per leges facere licebit. Non licet autem per leges dare actionem ex pacto nudo. Regula et constitutio veterum prohibet, *d. L. juris gentium. §. quinimmo, de pact.* Cur ergo ex soperioribus conventionibus quatuor placet obligationem et actiooem solo consensu nasci potius, quam ex cæteris? Non utique, propter oomen, in quod superiores conventiones transeunt, ut proxime diximus: sed quia habent hæ conventiones (2) commercia et permutationes tum rerum, tum officiorum ad societatem humani generis tuendam necessarias. Nam ut vivamus homines ioter homines: emptione, locatione, societate, mandato carere non possumus.

VII. Sed rursum cum in omni conventione ad aliquid præstandum fides detur alteri fore, ut quid præstetur, et æquum putetur natura fidem servari: *L. 1. in pr. D. de pact.* cur non ex hac æquitate omnes conventiones valent sine discrimine? Quod si non valent, an non fatendum est inique ita constitui, ne ex his actio nascatur? Et cur ex cæteris conventionibus nullis actio non detur jure civili, quamque hoc non sit iniquum, multis ostendi ad *d. L. legem, C. de pact.* Quo constituto, oihil jam relinquitur, cur non vere statuatur, ut ex superioribus conventionibus quatuor jure gentium nascitur obligatio solo consensu; ita alias præterea ex quibus isto modo nascatur, nullas esse. Illas autem cum dico, etiam eas conventiones intelligi volo, quæ de rebus oon principaliter ad contractus superiores pertinentibus initio et in cootinenti ioterponuntur. Va-

(1) Hinc autem sequi videtur, quod permutatio, itemque donatio re tradita sint contractus nominati, licet non solo consensu perfecti. Sed verius est contractum nominatum non esse, vid. Corns. 2. *Misc.* 25. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 4. *et seq.* A. Fab. 6. *Conjec.* 9. *pag.* 285. quia, ait, nomen Permutationis non tam contractum significat, quam caussam ex qua constituitur. Non est contractus permutationis, sed fit permutatione rerum. Heidecc. *in L. naturalis* 5. *de præscr. verb. ax.* 13. cujus ratio arguta forte magis quam congrua. Quia, inquit, est contractus omnium primus. Ergo si antiquissimo tempore fuisset nominatus, fuisset alius etiam innominatus, ad cujus discrimen sic dictus esset. Quia igitur nominatus non fuit sua sponte, sequitur quod hodie innominatis sit accensendus, et Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 51. ex ratione quæ lit. seq.

(2) Sed A. Fab. ad *l.* 7. §. 1. *de pact.* Non propter frequentiam nomen habent. Quid enim frequentius contractu do ut des, do ut facias etc. Sed quia certam sui naturæ formam et legem habent quæ uno nomine possit exprimi; non æque innominati. Et Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 49. *et seqq.* duas notas contractuum nominatorum refert 1.° Ut peculiare nomen inditum habeant, nec in generis appellatione subsistant 2.° Ut certi eorum sint ac determinati fines; nec confusa generis forma contenti, ut Permutatio. Adde Vasc. 3. *contr. usu freq.* 59. *n.* 4. *et seqq.* Vult. *ad §. ult. I. de Mandato.*

lent hæ, et pariunt actionem non minus. *L. si in emptione. L. fistulas. L. fundi. D. de contr. empt.* Sed ideo, quia et partes sunt ejus contractus, cui adhibentur. *d. L. fundi, de contr. empt. L. quod si nolit*, in fin. *D. de æd. ed.* Unde et bonæ fidei contractibus inesse dicuntur. *L. juris gentium*, *§. quinimmo. D. de pact.* et alibi contractu contineri, *L. pacta, D. de contr. empt.*

VIII. Sed quæ conventiones jure gentium non pariunt obligationem, possunt jure civili confirmari, ut fiant legitimæ, quas diximus. Quod si fit, non minus ex his nascetur obligatio, et actio. *L. legitima, D. de pact.* Hujus autem generis, quæ quidem solo consensu valeant, (3) tres sunt: constitutum; contractus emphyteuticus; pactum donationis, quo quis in præsens se dicit donare.

IX. Constitutum nunc voco brevitatis caussa pecuniæ constitutæ conventionem. Sic et Ulp. in *L. 1.* in pr. *D. de pec. const.* Hæc confirmatur edicto prætoris, qui primus de pecunia constituta actionem dedit, cum scilicet constituta est nudo pacto sine stipulatione, *§. de constituta. Inst. de act. L. 1. D. de pec. const.* Confirmandi caussam prætori hanc fuisse apparet, quod hic duplex esse debitum. Unum prius quod jam ante per se consisteret: alterum quod illi constituendo et constabiliendo accederet, novo pacto. Facilius confirmatur quid, quam novo pacto ab initio inducitur. Sed et plus congeminatæ conventioni tribuendum, quam simplici et soli. Nam quod Ulpianus in *L. 1.* in pr. *D. de pecun. const.* scribit, ideo prætorem constituta consensu facta custodire, quoniam grave est fidem fallere, sic accipiendum est, quoniam grave est in hac specie præter cæteras, quæ nudum pactum habent nulla alia lege confirmatum. Alioqui dicendum erit, ex omni pacto similiter actionem debuisse dari, ut similiter custodirentur omnia: quoniam in omni pacto ut consensus est, ita similiter fides interponitur, quæ et ipsa putatur pertinere ad naturalem æquitatem. *L. 1. in pr. D. de pact.* Scimus autem ex pacto, nudo actionem regulariter non nasci. *L. juris gentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, D. de pact. L. legem, C. eod.* Si edictum prætoris recte dictum est a Cicerone et veteribus *lex prætoria* propter similitudinem quamdam legis, quam obtinet, non male dicemus conventionem de constituta pecunia esse legitimam, ut pertineat ad definitionem *L. legitima, D. de pact.* etsi abusive ita edictum prætoris appellari constat, quod in usu juris a lege cum absolute lex nominatur, et ab iis, quæ hujus legis per se vim habent, fere semper distinguantur. *§. quos autem. Inst. de bon. pos.*

X. Contractus emphyteuticus, si quis naturam, quæ initio fuit, spectet, recte referri potuit ad emptionem, aut locationem. Certe a veteribus pro alterutro habitum fuisse constat, etsi dubitarent illi, pro utro potius, *§. adeo, Inst. de loc. et cond.* Postea certam et propriam naturam accipit lege Zenonis, et eadem lege non tam confirmatus, quam comprobatus etiam ex solo consensu. *L. 1. C. de jur. emphyt.* Etsi igitur Zeno propriam illam naturam quæ ante fuerat, non sustulit, sed magis confirmavit: tamen quia augendo quodammodo novam fecit, ideo melius est fortasse hunc quoque contractum inter legitimos, qui consensu solo actionem pariant, numerari.

XI. Pactum donationis confirmatum est constitutione Justiniani *L. si quis argentum, C. de don. §. aliæ, Inst. eod.* sed illud, quod dixi, quo quis in præsentia se donare dicit, sic enim verba sunt *L. si quis argentum*, in pr. et *§. ult. C. de don.* proinde non id, quo quis se promittit postea donaturum. De quo dicam amplius loco opportuniore infra *Lib. 13. Cap. 22.* Illud de his conventionibus admonebimus, etsi hæ nudæ sunt, tamen cum jure confirmatæ pariant actionem, non esse, cur vereamur eas appellare contractus, et quæ hinc nascitur obligatio, eam dicere esse ex contractu: cum obligationem contrahere nihil aliud sit, quam mutuo consensu una cum alio in unum aliquem obligationem trahere.

XII. Præter has tres conventiones legitimas nullæ occurunt in hoc genere, quæ lege confirmatæ solo consensu pariant obligationem. De tribus tamen juste dubitari potest, sponsalibus, nuptiis, dotis pollicitatione, seu promissione nuda. Sponsalia solo consensu perfici constat. *L. 4. L. ult. D. de Sponsal.* Nuptiæ in eadem caussa. *L. nuptias. D. de reg. jur.* Sed et Theodosii constitutione ad exactionem dotis sola promissio dotis sine

(3) Imo plures. Quæ tamen contractus, mea sententia, non recte statuuntur, ut nec hic recensita exceptio de contractu emphyteutico, qui an recte vocetur conventio legitima nuda, æque, ac multo magis dubito. Sed omnia hic expedire non licet. Vid. de pactis legitimis Baro Cujac. Hot. et imprimis A. Fab. ad *d. L.* 6. Ræv. 2. *Var.* 1. et 4 *Var.* 1. Val. Guit. Forst. *de pact.* C. 4. *membr.* 1.

stipulatione sufficit, sive mulier promittat dotem, sive extraneus. *L. ad exactionem, C. de dot. prom.* Cur igitur negemus bis conventionibus obligationem solo consensu contrahi? Et de sponsalibus, itemque nuptiis non est quod negemus. Nisi forte quis dicat hæc non esse numeranda inter conctractus. Quod non ita est. Dicuntur enim et sponsalia et nuptiæ contrahi, ut cæteræ obligationes ex contractu: et inter quos ea peraguntur, dicuntur itidem contrahentes. *L. sponsalia, D. de spons. L. si post dotem, D. sol. matr. Inst. de nupt.* in prin. Sed non numeramus ista inter contractus et conventiones legitimas. Jure gentium enim ista valent ex consensu, non solo jure civili. At isto modo etiam bas conventiones supra omissas diximus. Non enim ante sunt nominatæ ne inter eas quidem, quas diximus jure gentium solo consensu obligationem parere. Sane nun sunt nominatæ aperte: sed sunt illis satis coprehensæ; referuntur enim ad societatem, cujus species sunt nuptiæ, ut paulo post dicemus suo loco. Sponsalia autem etsi hanc societatem nondum babent: tamen quia instituuntur nuptiarum caussa, et ab his esse solet initium nuptiarum, ideo ut ad nuptias pertinentia, ad eas quoque tanquam pars quædam referuntur.

XIII. Quod attinet ad promissionem dotis, non licet de ea idem, quod de sponsalibus, dicere. Valet quidem dos sæpe ad promovendas confirmandasque nuptias, quæ alioqui non facile coiissent, ut et sponsalia. Sed non possunt videri pars ejus conjunctionis, quam appellamus nuptias, si quæ sunt, quæ contrahi possunt inter alios, quam inter eos socios, inter quos contrahuntur nuptiæ. Quod genus est obligatio dotis: quam promittere potest etiam extraneus, ut nihilominus superiore constitutione obligetur. Aliter atque sponsalia, quæ non inter alios contrahuntur, quam inter quos et nuptiæ. *L. in sponsalibus, §. 1. D. de spons.* fateamur igitur potius dotis conventionem et pollicitationem ad superiores conventiones non pertinere, neque tamen vitiose putemus omissam inter eas, ex quibus solo consenso nascitur obligatio. Non est enim ex eo genere; sed ex eo, in quo obligatio re contrahitur: si modo ibi re contrahitur, ubi quis quid facit ea lege, ut vicissim ei, quid detur aut fiat, de quo postea suo ordine. Nam si dos promissa non debetur nisi nuptiis secutis. *L. 3. L. stipulationem, D. de jur. dot.* item nisi pro oneribus matrimonii, quæ maritus sustinet. *L. pro oneribus, C. eod.* apparet maritum non posse dotem exigere, nisi prius quid fecerit, ut eam ex conventione acciperet; puta nuptias contraxerit, aut in contractis perseveret, et matrimonii opera ferat.

XIV. Quapropter non sunt, ut dixi, legitimæ conventiones plures, quam tres superiores, quæ quidem obligationem pariant solo consensu. Nam stipulatio est ipsa quidem legitima conventio et legitimus contractus, utpote jure civili solo actionem pariens. *§. de constituta, Instit. de act.* Sed et literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe constitutionibus confirmatam. *Instit. de lit. obl.* Verum apparuit ex superiore divisione contractuum, non contrahi in his obligationem consensu; cum illa dicatur contrahi verbis, hæc literis. Ita fit, ut his quæ solo consensu valent, solæ illæ, quas dixi, relinquantur. Postulare videbatur hic locus, ut quænam hæ conventiones essent diceremus. Proinde quomodo ita perficerentur, ut id esse inciperet, quod dicuntur: cum non prius possit intelligi, quas conventiones hic receptas jus velit, quam notæ fuerint ipsæ conventiones. Sed cum de harum obligatione separatim dicendum sit postea, cujus explicatio maxima ex parte pendeat ex contractus natura, neque hæc nisi ex genere ipso contractus præcedente possit intelligi: faciendum duxi, ut in ea explicatione conjunctim et de specie ipsa contractus, et de obligatione ejus propria diceretur, ne effectus a sua caussa divelleretur longius, divulsus minus perciperetur. Quod et in cæteris similibus sequemur. Quapropter ad reliquas conventiones, quæ jure probentur, pergemus: si prius addiderimus in universum, quid valeat, obligationem contrahi consensu, et consensu solo.

XV. Intelligitur vero solo consensu obligatio contrahi, cum quibuscumque rebus, et inter quoscumque declaratur voluntas et consensus contrahendi, ita inter eos obligatio hoc consensu contrahitur, nec quidquam desideratur præterea. Atque hoc in superioribus conventionibus omnibus accidere his verbis dicimus.

XVI. Consensus et voluntas ita declaratur. Aut enim exprimitur suis indiciis propriis ad rem quamque significandam natura comparatis; aut re aliqua et facto colligitur.

XVII. Propriis indiciis exprimitur voluntas tribus; verbis, scripto, in quo literæ seu epistola, et instrumentum omne; item nutu. De verbis et literis seu epistola constat, eoque nec dubitatur, quin utroque modo recte conveniat inter aliquos, et cumconvenerit in superioribus caussis recte o-

bligatio contrahatur. *L. 2. D. de pact.* quod postea magis patebit ex iis locis, quos in commune indicabimus de superioribus conventiunibus. De nutu in contractibus nusquam legimus satis aperte, quasi nutu solo contrahatur emptio et venditio, aut ulla omnino obligatiu, quæ consistat consensu. Nam quod scriptum est in *L. obligamur*, in fin. *de obl. et act.* et nudo consensu pleraque consistere, etiam dubium relinquit, quæ sint illa pleraque. Sed sciamus non minus et nutum certum indicium voluntatis haberi ad res gerendas in his, qui loqui non possunt. Inde enim nutu, sicut epistola, fideicommissum relinqui posse placuit. *L. nutu, D. de legat.* 3. *L. et in epistola, C. de fid.* Nun valent autem fideicommissa nisi voluntate defuncti. *L. pen. D. de leg.* 1. Quocirca non dubitabimus, quin et contractus, qui solo consensu constant, cum eo, qui alteri ex contrahentibus quid volenti annuat, recte ex consensu perficientur.

XVIII. Re quoque, id est facto aliquo convenire posse et obligationem contrahi traditum est in *L. 2. D. de pact. L. 4. D. pro soc.* Id ita fit, cum ex re et facto aliquo antecedente voluntas colligitur. Atque id tum accidit, tum fieri non potuit, quod factum est, nisi prius conventiu præcedens placeret. Ut puta, vendidit aliquis me sciente fundum meum, neque tamen consentiente. Nulla a me contracta venditio est. Si tamen pretium accipiam ex caussa, placet videri me fundum vendidisse. Hoc in *L. quidam, D. de evict.* Unde ergo hæc venditio? ex consensu videlicet. Non enim aliter contrahitur emptio, quam consensu. *L. 1.* in fin. *L. 2. D. de contr. empt.* Ubi autem consensus in eo, qui de re et pretio nihil aperte convenit? Intelligitur ex eo, quod (4) pretium accepi ab emptore. Non enim potui admittere pretium, nisi prius vellem esse emptionem. Sic fit, ut ex consequente quod probavi, recte colligatur etiam a me probatum fuisse, quod necessario antecedit. *L. illud, D. de acq. her.* Idem ergo dixerimus et in societate, de qua peæcipue traditur, hanc coire posse et re et verbis. *L. 4. D. pro soc.* Finge hoc modo. Ex tribus fratribus duo, uno absente, aut præsente quidem: sed non consentiente, societatem omnium bonorum paternorum inter se coierunt ita, ut vellent et ad tertium illum fratrem societatem pertinere. Si in dividendo lucru hujus societatis tertius ille frater partem a fratribus acceperit ex caussa societatis ejus, dicemus videri eum exinde in societatem consensisse, eoque et fratribus socium fieri. Nempe eodem exemplo, quo supra in simili facto emptionem contractam esse diximus.

XIX. Et ut his rebus declaratur voluntas cujusque: sic potest et inter præsentes, et inter absentes. Inter præsentes quidem superioribus omnibus modis; inter absentes autem aut verbis per nuntium, aut scripto per epistulam seu literas. Atque ut hæc ita sunt, ita etiam placuit totidem modis, et inter eosdem supra scriptas conventiones recte confici, et parere obligationem. Quod in singulis pene conventionibus et contractibus superioribus traditum suis locis, et inculcatum legimus. De emptione in *L. 1.* in fin. *D. de contr. empt.* De locatione in *L. 1. D. loc.* cum ita dicitur locatio et conductio consensu contrahi sicut emptio et venditio. De societate in *L. 4. D. pro soc.* De mandato in *L. 1. D. de mand.* De constituta pecunia in *L. qui autem, §. ult. D, de pec. const.* De contractu emphyteutico existimari potest ex similitudine, quæ huic contractui est cum emptione et venditione. *4. adeo. Inst. de loc.* De pacto donationis expressum in *§. aliæ. Inst. de donat.*

XX. His rebus cum dicimus solo consensu perfici obligationem, hoc ipso cætera quæ aliunde esse possunt, removemus, ut non necessaria. Tria sunt ad conventiones confirmandas, aut magis cavendas pertinentia: stipulatio seu verba, rei traditio, seu impletio contractus, et instrumenta quæ rei gestæ fidem continent. *L. divisionis, D. de pact. L. in exercendis, C. de fid. inst.* Negant veteres (5) horum quidquam necesse esse intervenire in his contractibus, in

(4) Non igitur sola præsentia id operatur, neque hic tacitus vel præsumptus consensus, sed apertus. vid. Nic. Valla *de reb. dub. tract.* 10. *n.* 1.

(5) Perficiuntur hi contractus solo consensu; implentur autem et consummantur traditione rei, numeratione pretii vel mercedis etc. Cujac. 23. *Obs.* 15. Errat itaque Harmenop. *Lib.* 3. *Promptuarii tit.* 3. qui contractum a consummatione illius nesciens distinguere emptionem contrahi scribit, cum hinc res traditur, illinc pretium solvitur aut de eo fides habetur. Consensus autem requiritur præsens, non in futurum collatus. Pactum enim de contrahendo ex. gr. emendo, diversum ab ipso contractu emptionis. Vult. *in pr. I. de Contr. emt. n.* 12. late P. Anton. de Petra *de fideic. ex prohib. al. Q.* 8. *n.* 136. *et multis seqq.* Gœdd. *de Contr. stipul. Cap.* 1 *n.* 35. A. Gentil. 2. *de Nupt.* 10. Hinc venditionem ita factam: vendo tibi rem istam 10. aureis, si volueris hoc pretio habere, revocari posse dicunt, si non statim acceptata sit. Beust. *in L.* 5. *§. ult. et LL.*

quibus dicitur obligatio consensu contrahi, nempe ex superiore definitione. *L.* 2. *D. de obl. et act. Inst. de obl. ex cons.*

XXI. De instrumentis et scriptura hoc in universum jus est in contractibus et rebus gestis omnibus, ut non sit necesse hæc adhiberi. Deque his ita definitur, fieri de rebus scripturas, ut quod gestum est per eas facilius probetur. Cæterum et sine his valere, quod gestum est. *L.* 4. *D. de pign. L.* 4. *D. de fid. inst.* Qua tamen in parte excipiendus est contractus emphyteuticus. Hunc cæteris rebus omnibus perfici placet consensu solo. In scriptura singulare hoc habet constitutione Zenonis, ut quæ in eo interveniunt pactiones, ita ratæ sint, si scriptura interveniente placuerint. *d. L.* 1. *C. de jur. emphy.* ut ostendi supra *Lib.* 9. *Cap.* 13. Et cæteri verbis idem significari agnoscunt. Agnoscit et Bartolus, etsi addit aliter consuetudine Italiæ observari. Et nos in sua quisque regione quid in eo moribus observetur, videhimus. Si nihil contra erit in more publico, jus illud superius tenebimus. Illud non immerito quæri potest, cum hic scripturam desiderahimus ex superiore constitutione Zenonis, ecquid recte dicturi simus, nihilominus hunc contractum perfici solo consensu. De quo opportunius dicetur in natura hujus contractus infra *Lib.* 13. *Cap.* 22.

seqq. de Jurej. n. 6. Quamquam verius hic nec contractam esse venditionem, ob defectum consensus utriusque, quia, non eodem tempore in idem ab utroque consensum, sed idem sensum diversis temporibus. Consensus autem idem est quod simul sensus, quod vocula *cum* in compositione significat, ut notant vulgo in *l.* 1. *de pact. ref.* Vasq. 2. *ill. Contr.* 62. *n.* 9.

CAP. XI.

Quæ solo consensu non pariunt obligationem conventiones, quibus rebus accedentibus confirmentur et pariant. Eas res esse, quæ vulgo vocant vestimenta pactorum. In horum tum appellatione, tum divisione quam vulgo erretur. Et refutatus in eo error vulgaris.

Alias esse conventiones, quæ tum demum pariunt obligationem cum ad consensum aliquid accessit. I.
Accedere jure communi res, aut verba aut literas. II.
Jusjurandum jure singulari, et quatenus III.
Jurisjurandi obligatio in liberto cur a veteribus prætermissa. IV.
Superiores res quatuor Interpretum vulgus vestimenta pactorum vocat, sed inepto vocabulo. V.
Item vestimenta pactorum plura imperite numerant quam superiora illa quatuor. VI. VII.
Vulgaris illorum enumeratio et divisio per partes refutatur. VIII. IX. X. XI.

I. Et cum superiores conventiones solæ sint eæ, quæ solo consensu pariant obligationem, ut proposuimus, necesse est cæteras omnes conventiones aut omnino obligationem non parere, aut non parere solo consensu, sed cum ad conventionem aliquid accesserit, quo conventio confirmetur. Et vero jure receptæ sunt eæ res certæ, quibus accedentibus confirmetur omnis conventio, quæ per se sola non sufficeret ad obligationem. Quæ sint hæ res, cognoscendum est.

II. Eas veteres duas agnoverunt, rei seu facti velut traditionem, et stipulationem seu verba. Tot enim positæ sunt a Pedio et Ulpiano in *L.* 1. §. 1. illic, *adeo autem. D. de pact.* ab Hermogeniano in *L. divisionis. D. eod.* Atque hinc Caii divisio in *L.* 1. *D. de obl. et act.* qui eas obligationes, quæ ex contractu nascuntur, ita ex suis caussis divisit, ut diceret contrahi aut re, aut verbis, aut consensu. Ubi apparet eum in iis obligationibus, quæ non contrahuntur consensu, id est consensu solo, duas has res ad confirmationem conventionis tantum posuisse; rem et verba, id est stipulationem. Merito illi: nondum enim satis inter omnes cognita erat literarum obligatio, quæ postea constitutionibus certius recepta est. Ergo hac recepta Justinianos tertium genus addidit literas, seu chirographum, in mutuo. Unde illa divisio apud illum, ut quæ solo consensu non contrahuntur obligationes, hæ dicantur contrahi aut re, aut verbis, aut literis. §. *ult. Inst. de obl.* ut sit sensus, his modis contrahi obligationem, non cum res sola tradita erit, aut sola verba vel literæ intervenerint; sed

cum ad conventionem præcedentem hæc accesserint, aut res, aut verba, aut literæ. Semper enim meminisse debemus, nullum esse contractum sine conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.*

III. Adjiciemus quartum genus jusjurandum. Nam et ex jurejurando interdum quis obligatur, cum se juraverit quid præstaturum ex ea caussa, ex qua sine jurejurando non obligaretur. Ubi et jurisjurandi obligatio contrahi dicitur. *L. ut jurisjurandi, D. de oper lib.* Sed cui locum locus sit in persona liberti jurantis se quid præstaturum patrono libertatis caussa: neque id in re qualibet, sed jurantis se patrono operas, donum, aut munus præstaturum. *L. qui libertinus; d. L. ut jurisjurandi, de oper. lib.* Et est sane hoc jus vetus. Unde mirum videri potest, cur sit a veteribus omissum in hac divisione.

IV. Sed videri potest consulto factum is de caussis. Primum quia raro incidit hujus generis obligatio, quæ personæ liberti, et superiorum rerum cautione inclusa est. Deinde quia in eo jus est (1) singulare, non commune, utpote constitutum non propter jusjurandum solum, sed maxime propter personas, inter quas interponitur, et propter libertatem, cujus caussa res superiores promittuntur. Quod jus, neque ad alias res, neque ad alias caussas pertinet. Veteres autem in divisione earum conventionum, atque contractuum, qui non solo consensu pariunt obligationem, eos solum complexi videntur, qui jure communi id efficerent in personis omnibus. Quia tamen et jusjurandum in superiore caussa eodem modo confirmat conventionem; etsi maxime non jure communi id facit in omnes, sed jure singulari in quosdam, non tamen debent a nobis prætermitti. Quærentibus in universum quibus rebus extrinsecus accedentibus confirmetur conventio, quæ sola obligationem non pareret. Sed hoc genere posito licebit ita dicere; conventiones, quæ solo consensu obligationem non pariunt, tribus modis parere jure communi, re, verbis, literis, quæ sunt illa tria, quæ Justinianus in superiore divisione posuit: jure singulari, jurejurando in liberto et superioribus rebus promissis. Ex quo existunt tot contractuum genera, ex quibus non solo consensu obligatio nascitur.

V. Atque ut ex rebus conventionem confirmantibus, simul quænam hæc genera sint, intelligimus; ita vice versa superiore divisione constituta hoc assequimur, ut quæ sint, et quot sint, quæ vulgo dicuntur vestimenta pactorum, de quibus tam multa scripserunt interpretes, statim et certo cognoscamus. Complectitur enim superior divisio eas res, quæ confirment conventionem, cum accesserint, a quibus et divisio ducta est. Atque eæ ipsæ res sunt, quas illi vocant vestimenta pactorum. De quibus ipsi post Accursium ad *L. jurisgentium, §. quinimo, D. de pact.* et *L. legem, Cod. eod.* Vox (2) Jurisconsultis veteribus inaudita, nec usquam lecta in libris nostris. Ad quam tamen, hac induction ne delati sunt Nam quæ conventiones non pariunt obligationem, hæ in usu juris et veterum dicuntur nudæ. *d. L. jurisgentium, §. sed cum nulla, de pact.* et *d. L. legem, C. eod.* Proinde si quæ essent, quæ parerent actionem, putaverunt ex contrario recte dici vestitas: et quæ res confirmarent conventionem, inde recte dici vestimenta: quia contrarium sit nudo vestitum. Sed hoc recte dicitur, cum nudum proprie usurpatur; ut in homine, quem cum dicimus nudum, eum intelligimus, qui vestem non habet, ut proinde si quis habet, necesse sit dici vestitum ex eadem proprietate. At idem imperite transfertur ad conventiones, et res cæteras, quæ dicuntur nudæ in usu juris. Quoniam hic nudæ (3) dicuntur per metaphoram, quæ sunt solæ, ut dixi supra

(1) De vi jurisjurandi conventionibus, vid. *infra Lib.* 24. *C.* 9. *seu de Jurej. C.* 1.

(2) Coras. 1. *Misc.* 1. insipide et insulse DD. loqui. Cur enim non dicunt vestitam voluntatem, consensum, proprietatem, usum, possessionem interrogationem. Sic Horatius nudam veritatem vocat, id est, non fucatam nec palliatam Sic purus locus dicitur, qui nec sacer, nec religiosus, neque tamen propterea locus religiosus, impurus. Forcat. *dial.* 70. *n.* 4. Morbi quidam dicuntur acuti, num tibi alii dicentur obtusi? Cujac. *ad L.* 1. §. 1. *de pact.* add. Forst. *de pact. C.* 4. *membr.* 2. Tametsi DD. rei intuitu non valde in usurpatione vocis vestiti, licet apud juris auctores non reperiatur, errare velit Busius *ad L.* 7. §. 5. *et seqq. de pact. n.* 5. post Costal. *in d. L.* 7. et docendi caussa distinctionem retinendam, Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 2.

(3) Nudum varie quid dicitur, scilicet quod nudum est ab ea re quæ illo loco requiritur. Donel. *de usur. C.* 3. et cui ad complementum aliquid deest. Traditio nuda quæ sine voluntate transferendi *L.* 31. *de aq. do.* Voluntas, sine traditione *L.* 17. §. 3. *Commod.* Pactum in *L.* 20. *C. de pact.* eodem modo. Consensus, sine verbis vel scriptura *L.* 14. *Locati.* Proprietas, sine usufructu. Possessio sine dominio *L.* 66. *de evict.* Hot.

in pacti nudi explicatione. Soli autem conventioni nulla recte opponitur, nisi conventio non sola. Porro non quidquid non est solum, idem ideo est vestitum ab ea re, propter quam fit, ut non sit solum. Ut, in eodem consensu cum sunt multi, dicuntur singuli non esse soli: neque tamen ideo alios aliorum dixeris vestimenta, aut alios ab aliis vestiri. Quamobrem censeo, ne sic quoque loquamur nos, ne una cum paritate loquendi etiam veritatem rei inepto vocabulo amittamus. Sed tamen ita vocant illi vestimenta, ut dixi. Etsi præter veterum morem, nec apte ad rem significandam; tamen permittamus his suo more loqui. Nos rem, quam hoc verbo designari voluerunt, consideremus.

VI. Sunt igitur, ut cœpi dicere, quatuor illa, res, verba, literæ, jusjurandum, res eæ quæ confirmant conventionem et obligationem, et eadem quæ vulgo vocant vestimenta pactorum. De numero eorum, et de vi singulorum illi disputant. Nos proposita divisione superiore, habemus hic, quid sequamur. Igitur interrogati quæ sint hæc vestimenta pactorum, et conventionum omnium quibus scilicet accedentibus conventio obligationem pariat, nos admoniti superiore divisione respondebimus, jure singulari esse jusjorandum in libero de supra scriptis rebus præstandis jurante: jure communi in omnibus rem, verba seu stipulationem, et literas. Interrogati amplius, pluresne sint res conventionem confirmantes, et ut loquuntur, plura vestimenta pactorum, negabimus: quia superiore divisione juris non plura sint posita; divisio autem non vitiosa, nisi juris auctoritatem in divisione certa et recepta convellere volumus. Sed in eo nos idem illi impediunt, qui plura hæc vestimenta esse docent. Quod cum ad superioris divisionis reprehensionem pertineat, omnino est hujus loci, quale id sit, videre: ut si quidem plura sunt, mutata divisione hæc eadem sequamur; si non sunt, rejiciamus, et divisione bene constituta, in ea potius certo acquiescamus.

VII. Ergo Accursius, quem et cæteri fere sunt secuti, ad *d. L. jurisgentium. §. quinimo, D. de pact.* præter (4) superiora illa tria, quæ jure communi valent, quatuor hæc posuit, ut ipse vocat, vestimenta, consensum, cohærentiam contractus, rei interventum, rei promissæ initium seu inchoationem.

VIII. De quibus paucis sic habendum: primum et postremum plane non ea esse, quæ dicunt, vestimenta, id est non esse eas res, quæ confirment ullo modo conventionem. Secundum autem et tertium etsi sunt ea, quæ confirment, esse tamen ejusmodi, quæ ad superiora genera referri debeant, non constituant nova. Primum statuunt in istis quatuor consensum, quo volunt conventionem confirmari et vestiri ad obligationem: scilicet quia sunt obligationes quædam, quæ contrahuntur consensu. Imperite admodum, et falso. Imperite, quod quæ obligationes dicuntur consensu contrahi in superiore divisione, sunt eæ, quæ contrahuntur consensu solo. Proinde nullam aliam conventionis confirmationem seu vestimentum desiderant, solo consensu et conventione sua contentæ. Isti autem in re, quæ aliud vestimentum non habet, nec desiderat, vestimentum quærunt, et dant, quod non est. Quod si quod in bis posset aut deberet esse vestimentum conventionis: tamen non posset dici esse consensu, nisi falso. Non potest denique consensus ullius conventionis esse vestimentum. Idque ita evidentissime demonstratur. Nulla res potest esse sui ipsius confirmatio, aut vestimentum. Necesse est enim aliud esse, quod confirmat, et aliud quod confirmatur: aliud quod vestitur, et aliud ejus rei vestimentum. At conventio in contractibus est ea res, quæ jure confirmatur, comprobaturve ad obligationem. Atque hæc conventio omnis nihil aliud est, quam consensus. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Quare non potest hic consensus atque ulla

ad §. interdum 44. (ipsi 32.) *I. de aq. do.* Baro. *in §. 1. I. de obl. ex cons.* Nuda pactio, pro materia subjecta, nunc pro conventione nec nomen nec caussam habente, nunc pro ea quæ sine traditione, nunc pro contracta ex consensu, qui sine verbis et litteris, *L. 1. de Permut.* nunc pro pacto absque stipulatione, etsi insit contractui ut mutuo *L. 5. de naut. fœn.* Vid idem *in §. 44. I. de acq. do. et in §. 1. I. de usuf. et ad L. 7. §. 4. de pact.*

(4) Zas. *in Parat. de pact. n.* 11. 5. addit et in universum octo refert: Rem, consensus exhuberantium, Verba, Cohærentiam contractus Litteras, Rei interventum in contractibus inuominatis, qui ab initio invalidi. Executionis principium et auxilium lega. Sane legitima pacta quod nuda non sint verius puto, cum Ræv. 2. *Var.* 1. Greg. Lopez. *Animad. Cap. 8. n.* 12. et A. Fab. *ad L. 6. de pact.* (licet, ut recte Faber, nisi adjuvarentur lege, nuda essent) tametsi diss. Cujac. ad *d. L. 6. et* 11. *Obs.* 17. et noster Donel. *Cap. præced. et ad L. 10. C. de pac.*, et quos refert ac sequitur Forst. *de pact. C. 4. Memb. 2. pag.* 63. Vide de pactis nudis ac vestitis Vacon. 1. *Declar.* 23. Jo. Bapt. *Caccial. de Pactis Q.* 6.

conventio confirmari consensu. Ubi eventurum sit, ut eadem res sit consensus qui confirmetur, et consensus qui confirmet. Quod natura non patitur.

IX. Secundo loco statuunt cohærentiam contractus. Sic vocant eam conjunctionem contractus cum conventione, cum initio alicujus contractus convenit, ut aliquid fieret præter ea, quæ principaliter in contractum deducuntur. Quo ex genere, si conventio in bonæ fidei contractu in continenti, id est in negotio gerendo, intervenerit, non aliter nascitur obligatio, quam ex contractu ipso. *L. juris gentium. §. quinimo, D. de pact. L. in bonæ, C. eod.* Utputa, vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud. Valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi. *L. si in emptione.* in pr. *L. fistulas, C. de contr. empt.* Et e converso quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede. Valet et hæc conventio non secus, quam de pretio alterius partis. *L. fundi, D. de contr. empt.* Et hanc vim hujusmodi conventionum contractui tribuunt, cui cohærent. Quas ideo cohærentia contractus confirmari et vestiri dicunt. Et quod dicunt has conventiones valere, apparet ceri juris esse, ex iis quæ diximus. Falluntur in eo, quod has conventiones distinguunt ab iis contractibus quibus adhibentur, cum nihil aliud sint, quam eorum contractuum partes. Veterum sententia est, quod venditioni accedit, venditionis partem esse. *L. quod. si nolit, §. ult. D. de Ædil. ed.* Itaque quod fundo accedere debet, ideo debetur, quia pars est rei venditæ, unde et actione ex empto recte petitur, *d. L. si emptione. de cont. empt.* Et cum ad pretium rei venditæ accedere debet alterius rei merces, sic debetur tanquam pars pretii, ideo et peti potest actione ex vendito, ut est in *d. L. fundi. de contr. empt.* Aut igitur hi contractus earum conventionum vestimenta non sunt, quod certe non male dici potest, cum idem contractus sui ipsius non possit esse vestimentum; aut si quis esse dicet: male tamen distinguuntur hæ conventiones a suis contractibus, quorum partem faciunt: cum dici debeant obligationem parere eodem modo quo et contractus, ut et pariunt. Nam et ex his eadem actio, quæ ex reliquo contractu; ut in emptione emptori ex empto, ut præstetur quod ad fundum venditum accedere debuit: venditori ex vendito ad id consequendum, quod accedere debuit ad pretium. *d. L. fundi. de contr. empt.* Male et illud, quod his conventionibus dicunt obligationem nasci per cohærentiam contractus. Dicere debuerunt cum veteribus obligationem ex his nasci, quia insunt bonæ fidei contractibus, ut est in *d. L. juris gentium §. quinimmo, de pact.* Inesse autem dicuntur, non quæ cohærent ut in rebus diversis accidit, sed quæ pars sunt ipsius contractus, ut explicatur in *d. L. fundi de contr. empt.* qua ratione et ex eodem contractu esse, et contractu contineri dicuntur a veteribus, ut in *d. L. juris gentium. §. quinimo, de pact. et L. pacta. D. de contr. empt.*

X. Tertio loco faciunt pactorum vestimentum, rei interventum. Sic vocant id quod dedi aut feci tibi, ut vicissim mihi quid dares aut faceres, quo non dato aut facto, mihi ex conventione sola non obligareris. Sic enim fit, ut dati illius aut facti interventus confirmet conventionem, ut si deinde nascatur hinc obligatio. Et recte statuunt hanc conventionis confirmationem seu vestimentum. Vere enim sic confirmatur conventio omnis, et parit hoc rei interventu obligationem. *L. ex placito, C. de rer. per. L. divisionis, D. de pact. L. legem, C. eod.* Sed non recte, quod hoc novum faciunt vestimenti genus, et distinguunt ab eo, quod in superiore divisione juris res dicitur. Quid est enim rei interventus, nisi (5) res interveniens? Plane hæc eadem. Ut in *L. divisionis, D. de pact.* dicitur placitum divisionis, idest permutationis rerum communium, sumere effectum rei traditione. At hoc ipsum est, quod alibi dicitur sumere effectum obligationis ex re tradita, seu ex re secuta *L. 1. D. de rer. perm. L. ex placito, C. eod.* Quocirca rei interventu contrahi obligationem, et eamdem re contrahi idem valent: ut profecto non debuerit iste rei interventus quem vocant, ab hoc genere separari. De quo plura *sequenti capite.*

XI. Postremo statuit Accursius in hoc genere vestimentorum operis promissi initium seu inceptionem ex hac caussa. Nam si quis pollicitus sit reipublicæ se opus facturum, aut ad opus publicum faciendum se pecuniam collaturum, primo quidem non tenetur sola pollicitatione, si sine justa caussa promiserit. Sed si cœperit facere, incipit obligari, ut perficiat. *L. 1. §. 1. D. de poll.* Et hoc in caussa publica; atque eo opere, quod promittitur reipublicæ recte dicitur.

(5) Dias. Gomez. 2. *Resol. 8. ut not. infra Lib. 14. C. 10.*

Ad conventiones et pollicitationes privatas aut ad alias res quam opera publica non pertinet. Quin generaliter ita definiemus; si quis quid promiserit quod initium faciendi et progressum desideret, ut opus, aut aliquam summam certis annis: si promiserit nudo pacto ita, ut solo consensu non obligetur, nunquam ideo obligatum iri, quia vel facere vel aliquoties dare, quod promiserat, cœperit. *L. si certis, C. de pact.* Id si in pactis jus est, multo magis probandum est in pollicitatione, quæ est solius offerentis promissum. Nihil ad rem pertinet superius exemplum. Jus enim singulare est in pollicitatione operis publici in civitatem collata. Jus contra rationem juris communis introductum, proinde non producendum ad consequentias. *L. quod vero, D. de legib.* Stet igitur non plures res esse, quæ confirment conventionem alioqui per se inutilem, quam jure communi hæc tria, rem, verba, literas; jure singulari jusjurandum in liberto, et et iis rebus quas diximus. Simul rata sit divisio superior, quæ hoc efficit, quæ obligationes non solo consensu contrahuntur, non aliter jure communi contrahi, quam re, verbis, literis: jure singulari jurejurando. Meminerimusque hanc esse sententiam, non ut in his contrahatur obligatio re sola, aut solis verbis, aut solis literis: sed ut contrahatur non sine conventione quidem, verum non conventione sola, sed cum ad conventionem unum horum aliquod accesserit, aut res, aut verba, aut literæ, aut in liberto jusjurandum. Ac de jurejurando ubi, et quando obligationem pariat satis intellectum est ex his paucis, quæ de obligatione liberti diximus in hac specie. Quid sit autem re, aut verbis, literisve contrahi obligationem, incertius est, et indiget pluribus verbis. Ideo de singulis sigillatim dicemus.

CAP. XII.

Re contrahi obligationem, quid sit. Generaliter autem recte definiri, hoc modo obligationem contrahi, quoties dedi tibi aut feci aliquid ea lege, ut mihi item quid dares, aut faceres, sive idem sive aliud: si modo alioqui sola conventione nata non esset obligatio.

Re contrahendarum obligationum tractatio et a Cajo in L. 1. D. de O. et A. *et a Justiniano in* Institutionibus *tradita, obscura satis, et imperfecta.* I.

Ex certis juris principiis suo ordini atque elegantiæ ab auctore restituta. II.

Satis apta rei definitione, quæ præcipua duo; conventionem, et dationem, seu factum complectitur. III. IV.

Ex datione seu facto civilis obligatio noscitur in id, ut contrahentium alter quid det vicissim, aut faciat. V.

Excipiuntur usuræ, sed inter privatos dumtaxat, et instrictis judiciis. VI.

Superiori obligationi, præter consensum datio vel factum caussam atque initium præbet. VII. IX.

Ast obligatio quæ e solo consensu emergit; etiam re secuta; non re, sed consensu perficitur dumtaxat; quibus in controctibus ista esrnatur VIII.

In conventionibus, in quibus traditio rei initium præbet obligationi, sive ea lege ut res eadem restituatur, sive ut quid aliud detur aut fiat; traditione in omnibus secuta, re statim contrahitur obligatio; et quare. X.

Et has quidem omnes, quomodocunque vel factum, vel datio, caussa obligationis præcesserit, cum verbi significatione, tum auctoritate juris ad id contractum genus referri, qui re contrahuntur. XI. XII.

Ideo non semel peccare Interpretes, qui illas ad quintum genus obligationum revocent. XIII.

I. Quid sit re contrahi obligationem, et qui hujus generis sint contractus, quæ species, frustra quæratur ex divisione et tractatione Caii, quæ exstat de hoc genere in *L. 1. D. de obl. et act.* quam eamdem transtulit Justinianus in *Tit. Inst. quib. mod. re contr. obl.* Non modo enim id non explicatur superiore tractatione: sed etiam prope dixerim ea tractatio tota hujus generis cognitionem impedit. Nam cum duæ res sint ad genus aliquod et species ejus generis cognoscendas necessariæ, definitio rei, et divisio, seu specierum enumeratio: utrumque in superiore tractatione longe lateque est prætermissum. Definitio nulla, non dico subtilis, et artificiosa, quam non re-

quirimus, dum res intelligatur: sed ne tenuis quidem explicatio, qua significetur, quid sit re obligationem contrahi, ut ex ea descriptione, si quæ conventio aut factum proponatur, conventionem aut factum hujus generis agnoscere possimus. Tantum dixit Cajus, re contrahi obligationem, veluti mutui datione, ac deinde aliquot species ejusdem generis postea enumeravit. Idem et Justinianus totidem verbis, *Tit. quib. mod. re contr. oblig.* At hinc error legenti objicitur, potius, quam res explicatur, si sunt plures species hujus generis, nec sunt superioribus similes. Quid enim ex his exemplis aut eorum enumeratione aliud colligamus, quam aut in his solis consistere hanc obligationem, aut in his et similibus, ut sic deinde injiciatur quærendi labor, qui sint isti similes? Atqui non sunt paucæ aliæ caussæ dissimiles, sed innumeræ, quæ non modo non intelligantur ex superioribus, sed etiam bis rejiciantur, si tantum enumeratas illas sequi placet. Denique non tantum omissæ sunt species quædam ejus generis, in quo versatur mutuum, commodatum, et reliquæ, de quibus est apud illos: sed etiam prætermissa genera summa duo late patentia. Unum earum caussarum, in quibus quæ ob caussam data sunt, aut donata simpliciter, revocantur aut ex errore dantis, aut ex pœnitentia. In quo genere sunt, condictio indebiti, condictio ob caussam dati re non secuta, donatorum caussa mortis, et rerum simpliciter donatarum revocatio ex suis caussis. Alterum genus est contractuum incertorum, (1) seu innominatorum, ut vulgo vocant. Cujus generis hæ species, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. In quibus omnibus mihi certum est et nasci obligationem ex contractu et negotio gesto, et hanc re contrahi. Cumque sint contractus, non posse bis inter contractus alibi locum, quam in hoc genere assignari. Quod et definitio et divisio generis subjecta declarabit.

II. Omnino igitur hoc genus aliam explicationem et tractationem desiderat: in qua res ex aliis locis et certis principiis juris nobis accersenda est, et danda opera, ut multitudo illa negotiorum atque contractuum, quæ in superioribus generibus est, quæ usque adhuc incertis vagata est sedibus in jure nostro, et nullum adhuc locum in hac divisione contractuum reperire potuit: ab errore in viam, et ad hoc genus tanquam ad suas sedes: ab incertitudine caussarum hujus obligationis ad suas caussas et certa genera, ac certitudinem præceptionis transferatur. Id ita recte fiet, si initio constituerimus, quid sit re obligationem contrahi, seu quod idem est, quid sit conventionem re parere obligationem; seu quid, contractum re fieri. Ex quo etiam, quam variæ species negotiorum, atque contractuum ad hoc genus pertineant, intelligetur.

III. Et ut verbis dicitur contrahi obligatio, cum verba, id est stipulatio ad consensum accedens constituit obligationem: *Inst. de verb. obl. L. divisionis, D. de pact.* ut contrahi literis, cum scriptura ad reddendæ pecuniæ conventionem accedens facit, ut obligatio hinc nascatur: *Inst. de lit. obl.* sic non aliud intelligere possumus aut debemus esse, re contrahi obligationem, quam cum res ad conventionem accedens perficit obligationem: vel ut in permutatione aliis verbis expressit Paulus, cum res tradita aut facta ad conventionem accedens initium obligationi præbet. Hoc ille de permutatione in *L. 1. D. de rer. permut.* et simul hac nota ab iis contractibus distinguit, qui nudo consensu consistunt obligationem. Emptio, inquit, et venditio nuda consentientium voluntate contrahitur. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet. Quibus verbis aperte indicat, etiam ex permutatione nasci obligationem; hanc autem non contrahi consensu solo, sed ex re secuta: quod plane nihil aliud est, quam contrahi re, ubi solum res conventioni accedens initium obligationi fecit. Sed hoc adhuc obscurius, et incertius. Quæretur enim amplius, quæ sit illa conventio, quam hic intelligi volumus. Quæ item et a quo res illa, quæ isti conventioni accedens efficiat obli-

(1) Vult. *ad pr. I. de obl. n.* 43. de contractibus innominatis altum in Institutionibus silentium sive incuria Triboniani, seu quod ea doctrina intricatior, quam ut tyronibus proponi debeat, quod magis placet. Sed et Cajus *in L. 1. §. 2. de O. et A.* videtur divisionem tantum certorum contractuum tradere voluisse. Quod facilius probari poterit si verba *ex variis figuris d. L. 1. pr.* accipiamus de contractibus incertis, cum Hotomanno et Hoppero; vid. *supra* *Cap.* 5. N. 3. Forte etiam visum est, quia confusa ac indigesta eorum forma, certa nec definitione nec divisione posse comprehendi. Nec eadem penitus ratio horum, quæ contractuum realium certorum. Hic enim semper conventio traditioni rei conjuncta. Illic potest implementum rei subsequi. Ut si conveniat de manumittendo Sticho ut mihi Pamphilum dares, vel ut P. manumittas, hic etsi post intervallum aliquod manumisero, ex tempore illo initium præbetur obligationi etc.

gationem, et num quæcumque res ita accesserit, recte in universum dicamus ibi obligationem re contrahi.

IV. Sic ergo potius definiamus explicatius et certius, unde horum unumquodque intelligatur. Re contrahitur obligatio, cum dedi tibi quid, aut feci voluntate tua, ea conventione interposita, ut vicissim mihi dares quid, aut faceres, idque tunc, cum non aliter nasceretur obligatio, quam si prius illud datum aut factum meum præcessit. Definitio superiora illa tria complectitur. Membra consideremus. Principio hoc statuit, obligationem, ut re contrahatur, duas res desiderare, rem, et conventionem; ut neque conventio sola obligationem hic pariat, neque res sola tibi data aut facta voluntate tua: sed utrumque ita, cum ad conventionem res aut conjuncta aut postea secuta accesserit. Si quæritur, quam hic conventionem et rem dicamus, hæ sunt. Conventio est, qua convenit inter nos, ut nihil dares aut faceres. Conventio omnium contractuum communis, eademque in omnibus ante omnia ad obligationem necessaria. Ut quanvis ego tibi dederim quid aut fecerim voluntate tua, non ideo magis mihi obligeris, nisi hoc ipsum convenerit, ut mihi etiam quid dares aut faceres. Generaliter enim tenendum est illud Pedii, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Idque ipsum est, quod in hac specie Julianus definivit, non omnem numerationem eum obligare qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur, *L. non omnis, D. si cert. pet.* Res, quam hic accedere volumus, est id, quod prius tibi dedi aut feci, ea conventione, ut mihi dares quid aut faceres. Hac re accedente, de jure hujus facti duo dicimus: nempe et hinc nasci obligationem qua mihi tenearis, et hanc obligationem re contrahi, ubi alioqui sola conventione obligatio nata non esset. Horum utrumque quale sit, et quam verum, videamus.

V. Ac de obligatione, quæ ex hujusmodi datione aut facto nascatur, juris certi sententia hæc est. Quoties dedi tibi quid, aut feci, ut dares aut faceres, non jam hic pactum nudum esse. Ideo hinc nasci civilem obligationem et actionem in hoc ut des aut facias id, de quo convenit, sive conventio per se sola obligationem pareret siue facto meo, sive non pareret. *L. legem, C. de pact. L. naturalis* tota, *L. solent, D. de præs. ver.* Quam sententiam Ulpianus extulit aliis verbis in *L. juris gentium* vers. 1 *D. de pact.* ut scilicet quanvis conventio in alium contractum (idest in aliud nomen contractus) non transeat: si tamen subsit caussa, et caussa præter conventionem (hoc enim addidit postea in §. *sed cum nulla.*) Tum nascatur obligatio jure civili. Simul quid caussam vocet præter conventionem, exemplo declarat, idque esse vult intelligi, cum dedi tibi aut feci supra scripta lege, ut mihi quid des aut facias. Significans ut supra attigi, duplicem hic caussam esse, cur mihi dare debeas, conventionem quidem in primis, sine qua nihil deberes; sed tamen non solam, quæ sufficiat; sed et hanc caussam præter conventionem, quod dedi aut feci prius hac ipsa lege, ut mihi dares aut faceres.

VI. Excipiuntur hic usuræ in stricti juris contractibus. Placet enim eas nisi in stipulatum deductas in his judiciis non deberi. *L.* 3. *C. de usur.* ut quamvis forte pecuniam mutuam tibi dederim nominatim hac lege, ut insuper quid præstares, nihilomagis ex pacto sis debiturus. *L. si tibi, D. de pact.* scilicet quia usura est, quidquid placet supra sortem præstari. Hoc in privatis. Civitatibus enim etiam ex hoc pacto, quanvis a stipulatione nudo, debentur usuræ creditarum ab eis pecuniarum. *L. etiam, D. de usur.* Sed et in bonæ fidei judiciis usuræ ex conventione, quæ initio contractus interposita sit, debentur. *L. initio, C. de pact. int. empt.* Sic fit, ut et hæ ipsæ dumtaxat inter privatos et in strictis judiciis sint exceptæ. Quo magis in omnibus aliis rebus confirmatur in universum sententia superior, ut quoties dedi tibi aut feci quid, ut et ipse quid dares, aut faceres, probandum sit hinc nasci obligationem, qua mihi teneris ad dandum aut faciendum, quod ex conventione præstari debuit. Hæc de obligatione.

VII. Proxima quæstio est, an quæ hic nascitur obligatio, dicenda sit re contrahi, an aliter. Dicendum est, quod supra utraque definitione sum complexus, ita demum hic obligationem re contrahi, si hæc ipsa datio mea, aut factum initium præbuit obligationi, id est tale fuit, ut nisi ita dedissem fecissemve prius, nulla nasceretur obligatio. Sic enim fit, ut in hac specie caussa obligationis et initium vere sit (2) in re; qua

(2) Vult. *in* §. *ult. I. de obl. n.* 3. ubi nisi res ipsa tradatur, contractus imperfectus; et Alex. Picenard. *ad Rub. l. Quib. mod. re. vers. noto primo.* Ac necesse est.

non interveniente, nihil profuisset præcedere consensum rem omnium conventionum et contractuum communem. Proinde si quis erit contractus, in quo, et re non secuta, obligatio constitueretur consensu: etiam, re secuta, dicemus in eo genere rem consensu contrahi; non re.

VIII. Hujus generis contractus sunt superiores illi, in quibus obligationem solo consensu contrahi diximus, et in quibus mutuæ sunt præstationes, ut diei possit unum ex contrahentibus quid dedisse, aut fecisse, ut alter invicem quid daret, faceret. Sunt autem hi emptio et venditio, locatio et conductio, mandatum, societas, contractus emphyteuticus. Finge hoc modo: Vendidi tibi fundum, et tradidi, ut mihi pretium dares. Nempe dedi, ut dares. Ac te etiam mihi obligari constat, ut des: sive quia simpliciter emptio est. *L. ex empto. D. de act. empt.* sive quia hoc etiam accessit, ut tibi prius darem fundum, aut traderem. *d. L. legem C. de pact.* Quid dicemus? an quia res secuta est, et tibi prius dedi, ut dares, idcirco re contrahi obligationem? Immo consensu, non re, sicuti si ab initio nun tradito fundo emptio solo consensu contracta esset. Quocumque enim modo contracta sit, semper certe emptio est, et re non tradita, et tradita. *L. naturalis*, 1. *resp. D. de præscr. verb.* Emptio autem qualis qualis sit, semper consensu solo constituitur. *L.* 1. in pr. *L.* 2. *D. de contr. empt.* Sed et fundo tradito, ideo dici non potest obligatio re contracta; quia si postea traditus est, non desinit emptio contracta esse consensu, quæ ab initio consensu contracta est. Si statim initio, non tamen propter eam traditionem obligatio nata est, cum et sine eo emptio esset futura. Ubi autem res initium obligationi non dedit, ibi re obligatio contracta dici non potest. Idemque in cæteris ejusdem generis contractibus dicendum est, ubi quid unus dedit, ut alter vicissim quid præstaret.

IX. Quod si quæ erant negotia et conventiones ejusmodi, in quibus, re non secuta, non constitueretur obligatio consensu: tum vere diceremus cum dedi aut feci, ut dares aut faceres, in his ut contrahitur semper obligatio; ita et re contrahi, quia res secuta initium obligationi præbeat, id est in caussa sit, cur obligatio nascatur. Id autem si superiores illas exceperis quas dixi emptionem, locationem, mandatum, societatem, contractum emphyteuticum, accidit in reliquis conventionibus omnibus. Quippe quæ aut non pariant obligationem solo consensu, aut non habeant mutuas præstationes, quas nunc quærimus.

X. Sed an in his ipsis conventionibus reliquis, cum dedi tibi aliquid, ut vicissim quid dares aut faceres, hoc ipso contrahitur re obligatio in omnibus? Constat quidem in his contrahi, in quibus traditione ipsa id agitur, ut eadem res restituatur, ut in mutuo, commodato, deposito, pignore. *Institut. quibus mod. re contr. oblig.* At quid si dem tibi, ut aliud quid des, aut facias, ut in permutatione? Nihilominus dicemus et hic obligationem re contrahi, ubi non aliter obligareris, quam si tibi dedissem. Sic enim et hic res a me data fecit, ut obligareris, et, ut loquimur, initium obligationi dedit. Ex re igitur hæc primum obligatio. Quid est autem ex re esse, nisi re contrahi? Nec aliunde magis intelligi potest, quam recte ita definiatur, quam ex mutuo. Cur enim contrahitur re mutuum? Quia non contrahitur, nisi pecunia proficiscatur in debitorem, ut sic initium obligationis nascatur a re et pecunia tradita. *L. secunda §. penult. D. si cert. pet.* At non aliter contrahitur obligatio in permutatione, omninoque in ea dicitur res tradita initium obligationi præbere. *d. L. prima, D. de rer. perm.* Sit igitur et hic conventio ra, ubi obligatio re contrahatur, et generaliter cum dedi tibi quid, ut faceres, sive id actum sit, ut rem eamdem redderes, sive ut aliud dares, aut faceres: dum ita sit obligatio, ut non contraheretur aliter, quam si tibi dedissem. Non diffiteor veteres proprie et specialiter tunc dixisse obligationem re contrahi, cum res ita data traditave est, ut restitui deberet eadem vel genere ut in mutuo, vel in specie ut in commodato. Quod non tantum indicat tractatio Caii et Justiniani de hoc genere, in qua illi totum hoc genus intra has species et similes concluserunt: *L. prima D. de oblig. et actio. Inst. quibus mod. re contr. oblig.* Sed multo evidentius illa sententia Pauli, quæ extat in *L. si tibi*, *D. de pact.* re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus, seu ultra quam datum sit. Quæ sane sententia iis contractibus et conventionibus convenire non potest, in quibus do tibi Pamphilum ut mihi aliud des aut facias: quoniam hoc ipsum aliud est ultra id, quod

ut res sit corpore suo præsens. Quod in emptione necesse non est, sed potest Ephesi vendi res Romæ sita. Vult. *in pr.* 1. *Quib. mod. re. n.* 4. 5. 6. vid. et A. Fab. *ad L.* 1. §. 3. *de pact.* Mozz. *de Contr. tit. Quæ veniant appell. rei n.* 4. *et seqq.*

tibi dedi. Sed etiam hic fatendum est, nimis hoc anguste et præcise dici, nec satis rei, de qua agitur, aut siguillcationi verborum convenienter. Nam si vere dicendum est cum dedi tibi quid, ut des aut facias, non nascitur obligatio ex eo, quod idem aut aliud mihi præstare debes, quod post contractam obligationem secuturum est; sed ex iis, quæ præcesserunt, obligationis caussis, quæ duæ sunt; conventio, et præter conventionem res tradita, ut dares faceres. Proinde ubicumque hæ caussæ antecesserint, dicendum est in iisdem caussis idem effectum agnosci debere, id est et hic pariter contrahi obligationem. Idque ipsum plane est ex verbi significatione: cum et hic similiter rès tradita initium præbeat obligationi.

XI. Quid, si non dedi, sed feci tibi aliquid, ut vicissim quid dares aut faceres? puta manumisi Stichum, ut mihi Pamphilum dares, manumisi, ut manumitteres. Te quidem mihi obligari constat, ut facias quod promisisti, idque jam supra effectum est. *L. solent*, *D. de præs. verb.* Sed an hic quoque dicemus re obligationem contrahi, ut definitione complexi sumus, an aliter. Movet, quod facta non sunt res, ut videtur. Certe a rebus distinguuntur in §. *ult. Inst. de verbor. obl.* his verbis, *non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri.* Et probandum est, etiam in hoc genere non aliter, quam supra, re contrahi obligationem. Quidni, si factum æque hic præbet initium obligationi, et factum res est? Atque hic factum obligationi caussam præbet non minus, quam cum rem dedi aut tradidi: et si de verbis quæritur, facta quoque omnia res sunt, et passim verbo rei significantur a nostris. Manumissus est servus: hoc factum res est, nempe manumissio. Negotia gesta sunt: et hoc factum res est, nempe rerum administratio. Idemque de cæteris factis dicendum est. In usu autem juris nihil frequentius, quam factum rem dici, et verbo *rei* facta quævis intelligi, ut patet ex his formulis loquendi. Cui *rei* dolus non aberit, quanti ea *res erit*, tantam pecuniam dari. *L. stipulatio ista*, 38. §. *si quis dolum*, *D. de verb. obligat.* cui rei, id est cui facto et conventioni. Quanti ea res erit; id est quanti id factum, quod me deceperis. Item in edicto de his qui dejecerunt vel effuderunt. *L.* 1. in pr. *eod. tit.* Illud, quantum ex ea *re* damnum datum factumve erit: valet, quantum ex ea dejectione et effusione. Et *ibidem.* Quantum ob eam *rem* æquum judici videbitur, significat, quantum æquum videbitur ob id factum, quod libero homini nocitum esse dicetur, ut nominatim præcesserat in eadem clausula. Item stipulatio ex *re* ipsa dilationem capit, id es ex eo, quod promissum est, sive in dando sit, sive in faciendo: ut, si domum ædificari, aut operæ promissæ sint. *L. interdum*, 73. *D. de verbor. oblig.* Et veteres tractatum atque obligationem ob *rem* dati vocant, non solum cum dedi tibi, ut rem aliquam dares, sed etiam cum dedi ut aliquid faceres; aut aliquid sequeretur: significantes et hoc omne, quod fieri debet, propter quod tibi do, *rem* esse. *L. naturalis*, in pr. *D. de præs. verb. L. damus; D. de cond. ind.* At distinguuntur facta a rebus in §. *ult. Instit. de verb. oblig.* Non utique proprietate et significatione verbi *rei*, sed loquentis instituto, qui hæc duo conjungens, verbo *rei* voluit intelligi non rem quamlibet, sed eam, quæ detur; facti autem verbo quidquid ita fit, ut res non detur. Id enim exprimere volunt, quod est in *L.* 2. *D. de verb. obl.* stipulationum quasdam in *dando* esse, quasdam in *faciendo.* Nec novum, ut quæ verba vi sua generalia sunt, cum aliis junguntur ejusdem generis, tum ad species distinctas significandas contrahantur docendi caussa; ut factum videmus, cum in aliis innumeris, tum maxime in verbis injusti, rupti, et irriti testamenti. De quibus etiam testatur Justinianus in §. *alio*, *Inst. quib. mod. testam. infirm.* Illuc igitur redeo, si cum feci, ut dares quid, aut faceres; factum meum initium obligationi dedit non aliter, quam cum dedi, ut dares aut faceres: et id factum meum res est: si in priore genere illic ob caussam re contrahitur obligatio, dici nihil posse, cur non et in hoc ob eamdem caussam pariter re contrahatur. Quo efficitur verum esse, superiorem definitionem in omnes partes, ut sive dedi tibi quid, sive feci, ea lege ut dares aut faceres, vel idem vel aliud; semper probandum sit, ea re data aut facta, recte dici contrahi obligationem; ac proinde simpliciter re, ubi nisi ea re interveniente non esset obligatio solo consensu contracta.

XII. Cum hoc rectissime dicitur ex verbi significatione, ubi scilicet in omnibus pariter res data aut facta initium obligationi præbet; tum vero ita statui ad juris auctoritatem omnino necesse est, ne quis hic a me innovari quid contra eam auctoritatem criminetur. Non enim potest dici aliter, si volumus divisionem superiorem contractuum a veteribus traditam et receptam defendi. Sic veteres diviserunt, ut dicerent omnem obligationem ex contractu aut re contrahi,

aut verbis, aut consensu. *L.* 1. *D. de obl. et act. L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Justinianus ex constitutionibus posteriorum Imperatorum addidit, aut literis. §. *ult. Inst. de obl.* At omnes hæ conventiones, quibus dedi tibi aut feci aliquid, ut dares aut faceres, sunt contractus. Congruit definitio. Sunt enim duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus quid det aut faciat alteri, jure ad eam rem comprobatus. Comprobatum esse declarat obligatio et actio, quæ inde nascitur. *L. juris gentium*, in prin. *D. de pact. d. L. naturalis. D. de præs. verb.* Sed et contractus, ut pro certo habeatur, ita dicuntur a veteribus. *L.* 3. *L. si dominus*, in fin. *L. ob eam seq. de præs. verb.* Si contractus, necesse est aut mancam esse superiorem divisionem contractuum, aut hos contractus ad unum aliquod genus illius divisionis pertinere. Atqui ad cætera non pertinent. Non enim contrahitur in his obligatio consensu, sed, re tantum secuta, id est cum prius dedi aut feci ad obligationem futuram. *L. ex placito C. de ver. permut. L.* 1. *D. eod.* Sed nec verbis, idest stipulatione, aut literis. Proponimus enim rem sine stipulatione gestam. Literarum obligatio quæ in mutui caussa versatur, has conventiones non attingit. Relinquitur igitur, hoc unum ex superiore divisione, ut ex eo genere contractuum obligatio re contrahi intelligatur.

XIII. Scio vulgo interpretes duo hoc genus contractuum ab iis, qui re fiunt, removent, quintum genus admissise, in quo volunt obligationem contrahi rei interventu. Hunc enim vocant interventum rei, cum dedi tibi, aut feci prius, quo vicissim quid dares aut faceres, de quo supra dixi. Sed hoc bis vitiose. Primum quod duo novum genus inducere se verbis putant, reipsa idem statuunt. Quid est enim, ut ante dixi, rei interventus, nisi res interveniens? ut profecto nihil aliud sit contrahi obligationem rei interventu, quam re contrahi. Deinde non vident novo genere admisso, se hoc dicere, vitiosam esse divisionem juris certi, cui saltem hoc genus desit. Erat autem interpretum divisiones jure receptas tueri, non infirmare; nisi quid esset, quo mancas esse, aut aliter vitiosas liquido probaretur. Quæ cum ita sint, constat jam definitionem supra a nobis positam veram esse, et quæcumque ita dantur, fiunt, ut quid detur aut fiat, siquidem non aliter nasceretur obligatio, debere ad hoc genus omnia referri.

CAP. XIII.

Contractuum qui re fiunt, genera duo. Unum eorum, quibus id agitur, ut re data traditave, eadem reddatur. Alterum eorum, quibus id agitur, ut pro eo quod datum, factumve est, præstetur aliud. Et de genere priore. Ejus esse duas species: et qui contractus cuique speciei subjiciantur.

Iterum nexus, et ratio ordinis. I.
Ex duplici præstandæ rei conventione duo contractuum qui re perficiuntur, summa genera oriri; et quæ illa. II
Quidam, cum res eadem redditur, traditionem rei habent apertam: sed conventionem obscuram. Hæc aut ex titulo rei gestæ aut ratiocinatione colligitur. III.
Ex nomine traditionis, sive rei gestæ signant conventionem reddendæ rei mutuum, commodatum, depositum, pignus, dos, donatio propter nuptias: et qualis traditio in singulis, et ex traditionis fine reddendi conventio appareat, explicatur. IV. V
Ex ratiocinatione seu contrahentium mente conventionis reddendæ rei interpretationem sumunt datum ob caussam, et precarium. VI.
Quomodo datum ob caussam, et quidem sive præteritam, sive futuram et hanc rursus honestam vel inhonestam. VII. VIII.
Quomodo item precarium. IX.

1. Hac definitione res esset explicata, sciremusque in universum, ubi re contraheretur obligatio, si ubique constaret, quando quid datum aut factum esset, et quando huic facto adjuncta conventio, ut vicissim quid dares faceres. Nam cum hoc genus contractus perficiatur his duabus partibus, re data facta, et conventione; cui hæ partes notæ essent, huic necesse esset et totum esse cognitum, neque pluribus verbis ad dignoscendum hujus generis contractum res indigeret. Sed hic non semper accidit, ut utraque illa pars si nota, ubi tamen placeat obligationem re contrahi. Unde hujus generis difficultas. Id autem evenit ex eo. Nam illud quidem, an quid datum factumve sit,

fere semper certum natura, et ejusmodi, quod si præsentibus testibus res gesta sit; et a nobis sciri, et facile probari possit. Ut enim det quis aut faciat aliquid, constat corpore. Quæ autem corpore fiunt, ideo semper sunt certa, quia sub sensum cadunt. At conventio, ut re accepta aliquid vicissim des aut facias, et quidnam id sit, non semper apparet in hoc genere contractuum. Exprimitur nonnunquam: quo facto dubitatio tollitur. Sed et sæpe intelligitur tantum. Quod quoniam præter verba fit, ideo ubi, et qua nota deprehendatur hæc conventio, quæri solet, ut exinde tanquam ex contractu hujus generis obligatio nascatur, et repetitio competat. In quo laboratur. Sed et interdum paucis quidem in caus is, interdum tamen accidit e converso, ut conventio exprimatur; factum, quod obligationi caussam præbet, lateat: Utraque hæc res facit, ut a definitione generis descendendum sit ad hujus generis species, ex quibus et conventio superior, et simul contractus dignoscatur.

II. Et contractus hujus generis duplicem rei præstandæ conventionem habent, qua et ex conventione distinguuntur. Ex quo et eorum contractum genera summa duo. Quidam sunt, in quibus id agitur, ut re data traditave, idem reddatur. Idem vel specie ut in commodato; vel genere, ut in mutuo. Quidam, in quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve est, præstetur aliud.

III. In quibus conventio est de eadem re reddenda, hi semper traditionem rei apertam habent. Quod vel hine licet intelligere, quod dicimus id agi, ut res eadem reddatur. Neque enim reddi potest, nisi quæ prius accepta fuit: sed conventionem de re reddenda habent obscuram. Nam in hoc genere toto conventio non exprimitur verbis; tacite tantum significatur. Unde dubitatio, quibus rebus hanc conventionem dignoscamus, ut efficiatur is contractus, quem volumus. Et ut intelligitur hæc conventio, ita species hujus generis distinctas esse oportet. Intelligitur autem ea conventio duabus modis. Aut enim significatur nomine ipso et titulo traditionis; aut sine ullo nomine rei gestæ, et sine ullis verbis ratiocinatione colligitur.

IV. Quæ conventiones hujus generis verbo traditionis inclosam restituendi significationem habent, sunt sex; Mutuum; Commodatum; Depositum; Pignus, Dos, Donatio propter nuptias. De prioribus contractibus quatuor constat. Recensentur enim nominatim in hoc numero *Tit. Inst quib. mod. re contr. obl.* De duobus posterioribus dubites, dote, et donatione propter nuptias. Nusquam enim in eo numero has species haberi legimus. Sed non minus et hæ in eadem caussa habendæ sunt. Nam et in his datio suum nomen habet, ut apparet: et in iisdem suscipitur obligatio de dote, et donatione propter nuptias reddenda soluto matrimonio, ut dicetur suo loco. Sunt ergo in his omnibus contractibus qui re fiant. Idem ejusmodi, qui traditionem rei habeant, et conventionem de re præstanda, nempe de eadem re reddenda. Et traditio quidem rei in his manifesta est, ut quæ superioribus verbis non significetur tantum, sed etiam exprimatur. Nam mutuum est, quod ita tibi dedi, ut de meo tuum fieret, et rursum ex tuo meum. *L. 2. §. appellata, D. si cert. pet.* Commodatum est utendum datum. *§. item is, Inst. quib. mod. re contr. obl. L. 1. D. depos.* Pignus res creditori pro debito obligata: sed proprie cum res creditori tradita est. *L. plebs. §. pignus, D. de verb. sign. L. si rem, §. proprie, D. de pignor. act.* Quo modo et nunc pignoris verbum usurpamus. Intelligimus enim hic obligationem re contrahi, quæ sit de pignore reddendo, soluta pecunia. *§. ult. Inst. quib. mod. re contr. obl.* Dos est, quod mulieris nomine marito datur, ut sit apud eum pro oneribus matrimonii. Nec unquam dos est, aut fit dotale quidquam, nisi dominio in maritum translato. *L. dotale, §. dotale, D. de fund. dot.* Donatio propter nuptias se ipsam ostendit. Nam donatio est doni datio. *L. senatus, §. 1. D. de mort. caus. don.* Ergo, ut dixi, satis aperte superioribus verbis res alteri data traditave significatur.

V. Sed ad contrahendam in his obligationem de re reddenda, nihil prodest hæc traditio, quæcunque est, nisi insit etiam conventio et consensus de hac ipsa re reddenda. Manet enim semper illud, nullum esse contractum sine conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ubi igitur illa conventio, quandoquidem verbis non exprimitur? Nempe verbis non expressa, ex fine tradendi intelligitur; quem finem verba superiora non obscure in se inclusum habent. Animadverti enim debet superioribus verbis significari non quamvis rem simpliciter datam aut traditam, sed datam ad certum modum, et certum finem. Ut datur mutuum fruendi ejus caussa; commodatum utendi, depositum custodiendi; pignus, ut sit cautum creditori pro debito; dos, ut sit marito res, ex cujus fructibus ferat onera matrimonii; donatio propter nuptias, ut consistat quandiu erunt

nuptiæ. Hinc facile intellectu est, hoc fine in singulis præscripto hoc agi, ut cessante eo fine, desinat effectus, atque ita res redeat ad eum, qui dedit, tradidit, *arg. L. quod dictum, D. de pact.* Sic fit, ut traditione rei et conventione de re reddenda intervenientibus, cum alioqui nisi re tradita non posset ulla obligatio de re reddenda contrahi, in his sine dubio re contrahatur obligatio ad eam ipsam præstationem, quam vis nominum his contractibus inditorum indicat.

VI. Est altera species hujus generis, ut dixi, in qua conventio de eadem re reddenda, neque nomine contractus significatur, ubi conventio in aliud nomen non transit; neque etiam verbis exprimitur, sed ex sententia contrahentium ratione colligitur. Hujus generis contractuum rursum duo genera sunt, datum ob caussam, cujus dati nulla caussa subest, et Precarium.

VII. Quod ob caussam datur, siquidem præteritam, tunc solum obligatio et repetitio dati nascitur, cum indebitum tanquam debitum per errorem facti solutum est. Unde indebiti condictio. Obligatio ex contractu, quia ex tacita conventione, qua ex mente dantis et accipientis id agitur, ut quod tanquam debitum solvitur, si debitum non sit, reddatur. *L. is, qui*, 13. in fin. *D. commod. L. si in area*, 33. *D. de cond. ind.* Cujus ex quasi contractu esse dici maluit. *L.* 5. §. *is quoque*, *D. de obl. et act.* quod et in *Institutiones* translatum est. §. *pen. quib mod. re contr. obl.* §. *item is, de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Quæ sententia ab auctoribus hac ratione defenditur, quod qui existimans se debere, solvit, omnino hoc animo est, ne repetat, atque adeo ut negotium distrahat potius, quam contrahat. Quorum utrum dicatur verius, et quam de eo certi aliquid statui necesse sit, in natura singulorum contractuum explicanda, cum ad hanc speciem ventum erit, latius exponetur.

VIII. Quod si quis detur ob caussam futuram, nempe ut aliquid fiat, sequatur: et hic quoque præter id, quod verbis exprimitur, tacite id agi intelligitur, ut caussa non secuta, datum reddatur. Atque hinc etiam dati repetitio. Ex contractu, quia ex conventione; et contractu eo, cujus, ut et superioris, obligatio ex re tradita initium sumat. Sed repetitio ex hac caussa cum hac distinctione; ut si quidem caussa adjecta honesta sit, regulariter hac non secuta, repetitio competat. Si inhonesta, tunc demum sit condictio, cum solius accipientis turpitudo versabitur. Hæc strictim ut pro eo, quod nunc agitur. Postea suo ordine omnia qualia sint, in hujus quoque generis natura explicanda, quod late patet, quantum satis est, dicetur. Quam late autem patent hoc genus, intelligi potest ex eo quod ad id hæc pertinent, Condictio ob caussam dati, caussa non secuta; Condictio sine caussa; Revocatio donationis caussa mortis: item et simplicis donationis revocatio ex iis caussis, ex quibus donationem ob ingratitudinem donatarii revocari placet, ut suis locis ostendemus.

IX. Et precarium ejusdem generis contractus est: utpote tacitam conventionem in se habens, ut res data reposcenti, cum videbitur, restituatur: conventionem, inquam, neque designatam nomine, et multo minus verbis expressam. Contractum esse indicat actio præscriptis verbis de precario prodita. *L.* 2. §. 1. *D. de prec.* nam præscriptis verbis actio non est, nisi ex contractibus. *L.* 3. *D. de præscr. verb.* Contractum eum esse, qui re fiat, hinc apparet, quod in eo de eadem re restituenda agitur. Satis autem constat nullam esse restitutionem, nisi quæ obligationis ex re prius tradita initium acceperit. Conventio tacita reddendi ex fine dandi intelligitur, similiter ut in commodato. Hoc interest, quod commodatum certum nomen est, quo conventio de re reddenda designatur. Precarium certi contractus nomen non esse vel hinc licet intelligere, quod ex eo veteres dant actionem præscriptis verbis. Nunquam enim huic actionis locus est, nisi cum ii contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ jure civili sunt proditæ. *L.* 3. *D. de præscr. verb.* Sed de his plura, ut res postulabit, in hujus contractus natura.

C A P. XIV.

De altero genere eorum contractuum, qui re fiunt: in quo sunt hi, quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve est præstetur aliud. Hujus generis contractus pene omnes certos esse, quia traditione factove, et certa conventione constent. Hos alterutrum incertum habere, qui nihilominus ad hoc genus referri debeant. Pollicitationem dotis, Pollicitationem salarii; Judicium acceptum; Jusjurandum; Operas eorum, quibus extra ordinem actio ad petendum pro opera honorarium constituta est.

***Alterum esse contractuum genus, in quibus pro eo quod datum factumve est, non idem sed aliud omnino præstetur. Quatuor istorum species, et quæ.* I.**

***Esse tamen ex isto genere contractus qui cum factum et conventionem conjunctim habeant, alterutrum habent obscurum. Quinque istiusmodi, et qui.* II.**

***Conventionem apertam, sed factum habent incertum.* 1. *dotis promissio. Quæ hujus obligatio; et in quo posita; et quæ inde nascatur actio.* III. IV.**

2. *Salarii pollicitatio. Et hæc ex facto procuratoris, ex pacto vires obtinet; et quæ detur isto nomine actio.* V.

***Conventionem habent obscuram, factumque manifestum* 1. *Obligatio judicati: quale hic factum, et quæ tacita conventio.* VI.**

***Quo sensu judicati obligatio, et actio nuncupetur. Utraque ex contractu: reprobatur Accursius.* VII. VIII.**

2. *Obligatio jurisjurandi. Cujusmodi hæc obligatio. Ex contractu nascitur; ex eo prodita actio a Prætore; et qualis, et quare.* IX.

3. *Præstatio mercedis jure certis personis extra ordinem constituta. Obligatio hæc in personam; et ex contractu, seu ex conventione et negotio gesto. Hoc quale sit, explicatur.* X.

***Actio ex isto negotii genere non ordinaria, et in factum; sed ipsa extra ordinem prodita tribus de caussis; et quæ illæ.* XI.**

I. Est igitur primum hoc genus eorum contractuum, qui re fiunt, in quibus id agitur, ut idem reddatur. Alterum genus diximus esse eorum, in quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve est, præstetur aliud. Quod genus maxima ex parte totum patet. Non solum enim hic res aperte traditur, aut fit; sed etiam conventio de alia re præstanda exprimitur. Id species indicabunt, quæ sunt quatuor. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias. De quibus ex professo agitur in *L. naturalis* 5. *D. de præscr. verb.* Unde exempla, ut et ex reliquo eo titulo sumere licebit. Et hæc, ut dixi, in maxima parte hujus generis ita se habent.

II. Sunt tamen species quædam ex hoc genere, quæ cum factum habeant et conventionem superiorem, alterum tamen habent obscurum, aut factum, aut conventionem. Quæ ideo species præcipue nobis animadvertendæ sunt, ne ignotæ nos fallant; et cum pariant obligationem ex contractu, tamen in divisione obligationum a Justiniano tradita sibi locum non inveniant. Hæ autem species sunt quinque, Dotis promissio; Salarii pollicitatio in procuratorem emissa; Judicium; Jusjurandum; Operæ eorum, quibus extra ordinem salaria constituta sunt jure pro opera privata. Ex his omnibus caussis obligationem nasci constat. De promissione et pollicitatione dotis cautum in *L. ad exactionem, C. de dot. promis.* De salarii pollicitationem traditum in *L. salarium*, 7. *L. qui mutuum*. §. *salarium*, *D. mand.* Obligatio judicati diserte statuitur in *L.* 3. §. *idem scribit. de pecul.* Oblig tio jurisjurandi diserte in *L.* 5. §. 1. *D. eod.* De actione ob operas superiorum est in *L.* 1. *D. de extraord. cognit.* Quæ caussæ cum sint obligationum, si recta est, et justa divisio apud Justinianum ut dicatur nasci omnis obligatio ex contractu, aut quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio: necesse est omnem istam superiorum caussarum obligationem ad unum aliquod genus ex his referri. Atqui ita reperietur, nullam harum obligationum aliunde nasci, quam ex ea caussa, de qua agimus. Non esse ex maleficio, aut quasi maleficio, facta ostendunt. Sed nec ex quasi contractu esse dixerimus. Qui enim dicitur quasi contractus, duorum consensum non habet. In superioribus autem caussis res geritur duorum consensu. Ita fit, ut sit obligatio ex contractu. Et est omnino. Nascitur enim ex conventione vel expressa, vel tacita, ut postea patebit. Huic conventioni obligatio accedens contractum facit, vel potius contractum indicat. Constat non esse

stipulationem, non literarum obligationem. Proponimus enim rem sine stipulatione et sine literis gestam. Quid? an erit obligatio ex consensu solo? Ne hoc quidem. Nam in his omnibus unus facit, ut ab altero accipiat. Relinquitur igitur ut in his obligatio re contrahatur. Et ita se res habet.

III. Solum in contrahendo hoc interest, quod priores quidem caussæ duæ conventionem apertam habent; sed factum, quod præcedere debeat, unde et obligatio nascatur, habent incertum. Posteriores autem tres contra, factum certum ostendunt: sed quæ habeant incertam conventionem. Quod quomodo in his accidat, paucis doceamus. Sunt ergo priores illæ, duæ, dotis promissio, et salarii pollicitatio. De dotis promissione jus constitutum est, solam promissionem dotis, qua quis quanvis maxime extraneus dotem promisit marito sine ulla stipulatione, sufficere ad obligationem et exactionem dotis. *L. ad exactionem, Cod. de dot. prom.* Hic prima ratione caussa obligationis certa, caussa conventionis confirmandæ incerta. Statim enim huic constitutioni occurritur ex regula juris, ex pacto nudo obligationem et actionem non nasci. *L. juris gentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, D. de pact. L. legem. C. eod.* Quid ergo, si quis dicat, id receptum in dote favore dotis; cujus caussam præcipuam esse constat? *L. 1. D. solut. matr.* Sed nihil necesse est confugere ad hanc defensionem incertam, et quam nusquam reddi legimus a juris auctoribus. Una et certa defensio hæc est, pactum hic (1) nudum non esse ad dotis exactionem, sed priusquam possit inde maritus dotem petere, eum facere debere, ut dotem accipiat, idque ipsum convenire in dote promittenda. Factum hoc est, quod maritus prius uxorem ducit, ut dotem accipiat; sic deinde dotem petit, nec ante potest petere. Inestque hujus facti conditio atque conventio in verbo dotis promissæ. Nam dos sine matrimonio esse non potest. *L. 3. D. de jur. dot.* Ideo dos simpliciter promissa intelligitur promitti hac conditione, si nuptiæ sequantur. *L. stipulationem, 21. D. de jur. dot.* Et, quod proprius ad id, de quo agitur, accedit: videtur promitti ob caussam, quasi quæ datur, videatur ob hanc caussam dari, ut matrimonium sequatur. *L. si extraneus. D. de cond. cau. dat.* Ex quo apparet, si maritus postea matrimonium contrahat, ut conditionem et caussam impleat; eum facere ex conventione, ut sibi dos detur. Ac jam licere ei dicere, feci, id est matrimonium contraxi, ut dares dotem, quam es pollicitus. Quod plane ad illud genus pertinet, cum facio, ut des.

IV. Sed ex hac specie et obligatione fortasse non sit actio præscriptis verbis, sed actio dotis cautæ, quæ olim ex dictione dotis competebat; aut si quid tutius volumus, condictio ex lege. *L. 1. D. de cond. ex leg.* Justinianus videri potest dedisse actionem 2) ex stipulatu, etiam tunc cum nulla stipulatio intervenit; qualem scilicet actionem induxit ad dotem repetendam soluto matrimonio pro velere rei uxoriæ actione. Nam is in *L. unica, §. 1. C. de rei uxor. act.* generaliter jubet omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi: et actionem hanc interpretari videtur postea, sive uxor dotem datam repetat, sive maritus petat sibi promissam. Quod facit eadem. *L. §. et ut plenius, seq.* Utcunque est, certe, quod meminerim, nusquam hoc nomine actionem præscriptis verbis dari legimus. Quod si admittimus, recte defendi potest ideo factum esse, quia maritus non contrahit matrimonium principaliter, ut dotem accipiat, sed ut sibi sociam et consortem vitæ adjutricem habeat secundum bonos mores, unde et honestam sobolem procreet: ut non proprie, certe hoc primo fine inspecto non sit id negotium, quo faciat, ut promissor det dotem, de qua convenit. Verumtamen negari non potest esse hunc quoque finem, saltem per accessionem

(1) Ita et noster ad *L. 10. de pact, n. 16.* Atqui vocatur nuda *Rub. C. de dot. promis.* Quin et hic pollicitatio efficax obligationi pariendæ, quæ contractus non est; quia nec conventio. Est igitur pacti legitimi species hæc promissio, si pacto fiat, non contractus, Forst. *de Pact. C. 6. pag. 46. et seq.* Quia non hæc caussa est, *si nuptiæ sequantur*, sed conditio. Caussa enim, quæ subest in contractibus incertis, præcedit, aut in ipsa conventione intervenit. Ac in conditionali quoque contractu tempus interpositæ conventionis spectatur *L. 78. pr. de V. O.* Qui igitur dici poterit factum, hic præcedere aut intervenire in contractu. Quin in vo jure lex fingit stipulationem intervenisse, *d. L. un. pr. et §. 1.* Cumque fictionis eadem sit, quæ veritatis operatio, erit actio et obligatio ex contractu stipulationis ficto. Ulp. *in Fragm. tit. 6. §. 1.* dotem aut dari aut dici aut promitti. Dicitur nudo pacto. Promittitur stipulatione, Charon. 1. *Verisim.* 1. Ræv. *de Auct. Prud. C. 4.*

(2) Quidam voluerunt fingi tantum stipulationem in repetitione dotis respectu uxoris, non in petitione respectu mariti. Quos refellit Andr. ab Exea *Tr. Pactorum p. 3. rubr. n. 401. et seqq.* add. Loriot. *Tr. de Act. Axiom. 57.*

marito propositum, ut matrimonium contrahendo cum reliquis commodis matrimonii una quoque accipiat ea, quæ matrimonii caussa illi constituta sunt. In quo est dos illi eo nomine promissa.

V. Idem dicendum est de salarii (3) pollicitatione. Si dominus procuratori suo, qui negotia ejus gratis gerenda susceperat, promittat certum salarium nondum impleto mandato: tenetur eo nomine, etiam ex nudo pacto, et nuda pollicitatione. *L. salarium*. 7. *L. qui mutuam*, §. *salarium*, *D. mand. L. salarium*, *C. eod.* Hic rursum statim obloquitur eadem illa regula superior, ex pacto nudo actionem non nasci. Quo loco respondeat fortasse aliquis, non mirum si ex hoc pacto nascatur actio præter cætera, quia constat ex mandato nasci obligationem solo consensu. Hujus autem salarii pollicitatio et obligatio ex mandati caussa proficisci videtur. Sed hac defensione in proposito uti non licet. Hoc enim salarium procuratori ex mandati caussa deberi non potest. Aut enim erit eo nomine directa actio mandati, aut contraria. Directa domino, eidemque mandatori, non procuratori competit. Contraria quidem procuratori, sed quæ non datur, nisi de eo, quod procuratori per caussam mandati abest, ut si negotia gessisset sine mandato. *L. si vero*, 12. §. *contrarium*, et seq. *D. mand. L.* 2. *D. de neg. gest.* Non abest autem procuratori salarium, a domino constitutum. Quid ergo est? Nempe hic certa defensio est eadem illa, quæ supra. Non est hæc pollicitatio nuda, etsi videtur; sed priusquam ex ea agi possit, habet adjunctum factum procuratoris. Prius enim negotia domini gerit, ut salarium accipiat, sic deinde utiliter agit ex pacto, ut salarium consequatur, non prius. Impleto autem mandato fecit, ut dominus daret id, de quo convenit. Idque ipsum ut fiat, continetur salarii verbo. Est enim salarium, merces operæ præstitæ: ut proinde non ante salarium esse et promitti intelligatur, quam opera præstita fuerit. Idem significatur etiam verbo procuratoris, cui in proposito tanquam procuratori salarium promittitur. Nam procurator est is, qui negotia aliena mandatu domini administrat. *L.* 1. *D. de procurat.* Quo fit, ut qui procuratori ut procuratori salarium promittit, intelligatur promittere ei, qui negotia sua geret, ac propterea ob caussam, ut gerat scilicet, idque libentius et promptius. Ex quo rursum intelligimus idem illud negotium hic geri, quod supra, cum facit procurator ex pacto, ut sibi detur. Et tamen ex hac obligatione licet cum superioribus generibus certis communi, non datur actio civilis præscriptis verbis, sed extraordinaria, quasi præter ordinem et morem juris receptum constituta. *L.* 1. in fin. *C. mand. L. salarium*, 7. *D. eod.* Id eo fit, quia proprie et principaliter procurator non exsequitur mandatum, ut salarium accipiat, sed ut mandatum impleat. Id apparet ex eo, quod recepit ab initio mandatum gratuitum, alioqui nec mandatum esset. *L.* 1. in fin. *D. mand.* quod proinde et nullo postea salario constituto implere cogebatur. *L. si mandavero*, §. *ult. D. eod.* Sed ut principaliter id spectet procurator; tamen salario postea accedente, etiam novus hic finis illi proponitur ad mandatum obeundum, licet per consequentiam, ut dum fidem implebit, etiam salarium eo nomine promissum accipiat. Qua parte obligatio salarii præstandii aperte pertinet ad superius illud genus, quod dixi.

VI. Reliquæ sunt species tres, quæ e converso in facto manifesto obscuram conventionem habent, obligatio judicii, seu judicati; obligatio jurisjurandi; et præstationes mercedis quibusdam personis extra ordinem jure constitutæ. De obligatione judicii diserte ita scribit Ulpianus in *L.* 3. § *idem scribit*, D. de pecul. *judicio contrahi*. Judicio sic accipiendum est, judicio accepto, vel potius judicium accipiendo, et litis contestatione. Hic quidem factum videmus actoris judicio experientis, petentisque sibi quid præstari ab eo, cum quo agit. Ad quod etiam præstandum obligatur reus, si convictus condemnatus fuerit. *L. negantes*, *C. de obl. et act.* unde et judicati actio adversus condemnatum. *L.* 4. §. 1. *L. miles*, §. *ult. D. de re jud.* Sed nondum satis, ut ex hoc facto sit obligatio ex contractu, ut Ulpianus loquitur. Etiam conventione opus est. Constat enim, quod sæpe cogimur dicere, nullum contractum esse sine conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Et ubi in litis contestatione, aut superiore omni actione conventio inter actorem et reum, ut reus judicatus propter factum actoris, det aut faciat judicatum? Fatendum est in litis contestatoria, per *L.* 6. *pr. Mand.* atque naturalis non civilis, quæ actionem parit a lege adjuta, sed non ordinariam. Vid. hujus *Cap. N.* 7. *et Lib.* 13. *etc. C.* 10. *N.* 5. 6. 7.

(3) Neque hic contractus verus, quia et ex pollicitatione unius debeatur; atia enim locatio potius operæ: aut si factum locationem non recipiat, aliquis contractuum incertorum celebratus. Obligatio igitur remunera-

statione non esse conventionem apertam: at est tacita. De qua ne dubitetur, pene diserte exprimitur ex circumstantiis negotii, et fine utrique ex litigatoribus proposito. Nam actor apud magistratum petit a reo, ut det aut faciat, quod sibi deberi intendit. Reus apud magistratum judicium suscipiendo de ea re, aperte declarat se hoc sentire, ac pene dicere, se paratum esse solvere, si condemnetur sententia judicis: sed velle se etiam, si absolvatur, liberum discedere, nec amplius quidquam a se peti. Quod et ipsum actor in se admittit, cum judicium suscipit: quoniam alterutrum semper venit in rem judicatam, condemnatio vel absolutio, *L.* 1. *D. de re jud.* In quo inest conventio non dubia utrumque interposita; ex qua prout ejus conditio exstiterit, ita aut reo exceptio competit, aut actori actio. Exceptio quidem reo, si is absolutus erit: actio autem actori, si reus erit condemnatus.

VII. Inde obligatio hinc nata recte dici potest, et vero proprie dici debet (4) obligatio judici accepti, quia judicium accipiendo interponitur. Sed tamen dicitur et obligatio judicati in *d. L.* 3. *§. idem scribit, D. de pecul.* verum abusive ideo, quia non aliter committitur ea conventio, quam is reus judicatus, id est condemnatus erit. Hæc enim erat conditio conventionis, ut reus daret, si convictus et condemnatus esset. *d. L. negantes, C. de obligat. et act.* Ideo Ulpianus in *d. §. idem scribit,* hanc non absolute vocat judicati obligationem, sed *veluti judicati obligationem.* Nam quod absolute dicitur *actio judicati,* quæ inde nascitur, *L. miles, §. ult. D. de re jud.* hic judicatum ad caussam actionis referri non debet, sed ad rem, de qua agitur; ut intelligatur actio judicati, non tam quæ nascitur ex judicato, quam quæ est de eo quod judicatum est, seu de judicato faciendo: similiter ut in stipulatione judicatum solvi. *Instit. de satisd.* in princ. Quomodo etiam dictum esse apparet exceptionem rei judicatæ. Cum autem tam aperte insit ista conventio in judicio suscipiendo et lite contestanda, apparet quam recte Ulpianus scripserit in *d. §.* idem scribit, *judicio contrahi.* Recte contrahi, non quasi contrahi. Contractum enim esse oportet, si habet conventionem. Et ne dubitaremus Ulpianum hoc ipsum sentire, non etiam contrahendi verbo quasi contractum intelligere, ut fit aliquando, ut in *L. ex contractibus, D. de oblig. et act.* addidit, *judicio contrahi, sicut stipulatione.* Constat autem stipulationem vere contractum esse, ut quæ non perficiatur sine consensu et conventione. *L. non solum, D. de obl. et act. L. inter,* 83. §. 1. *D. de verbor. obligat. L.* 1. §. 1. *D. de pact.*

VIII. Ex quo intelligitur errare Accursium, qui in eodem illo loco Ulpiani notat obligationem judicati nasci ex quasi contractu. Aperte adversus manifesta verba Ulpiani, et eam conventionem, quam dixi. Fortasse motus est eo, quod Ulpianus *ibidem* paulo post hanc obligationem vocat *veluti judicati obligationem,* quasi proprie non sit obligatio judicati. Quo moveri non debemus. Vere enim non est judicati obligatio, ut ante dixi; quia ex judicato proprie non nascitur, sed magis ex conventione, quæ illam conditione habuit. Sic enim committitur conventio conditionalis, cum ejus conditio exstitit. *§. sub conditione, Instit. de verb. oblig.* Quod si ex judicato nasceretur ea obligatio, tanto magis dicenda esset obligatio judicati, idque absolute, quia vere nasceretur ex judicato. Dixit ergo *velut judicati* obligationem, quia proprie ex judicato non esset, sed ex judicio (5) accepto. Sed etsi dixisset Ulpianus spectandam esse velut judicii accepti obligationem: tamen ne sic quidem inde obligationem ex quasi contractu esse colligeremus. Intelligeremus enim illic

(4) Gerd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 22. Litis contestationem esse quendam contractum, per *L.* 19. *de notat. L.* 83. §. 1. *de V. Obl. ibi n.* 11. consensum eum non impediri quod hodie per interlocutionem solet pronunciari litem contestari oportere. Qui enim recusat, objectis exceptionibus, videtur ea conditione uti et tacite concedere: quod si illæ relevantes judici non appareant, nolit litem fugere. Vid. idem *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 76. *et seq.* Sed Briss. *Lib.* 2. *de Solut. tit. de Novat. pag.* 390. judicio quasi contrahi non si judicii origo, sed ipsa judicati obligatio spectetur; ut deinde non antiqua actione, sed judicati agatur et usuræ debeantur, non ex pristina obligatione, sed ex judicati caussa. Sane contractum hunc vere et proprie non esse constat ex *d. L.* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Nam initium cujusque contractus liberum et spontaneum, hic autem necessarium. Contrahi autem dicitur *d. L.* 3. §. 11. largo modo, ut *L.* 20. *de judic.*

(5) Quærit Hortens. *ad L.* 29. *de Novat. pag.* 568. cur per litis contestationem dicatur contrahi, cum nova actio demum habeatur a re judicata. Respondet: Totius litis, a contestatione ad rem judicatam usque, continuato animo rei suæ persequendæ, unum tempus, unum contextum videri (ut in usucapione.) Atque ita rem judicatam videri; jam in continenti litis contestationis, a qua statim mutetur natura actionis, et quæ temporalis, perpetuatur, morte rei peritura, ad heredes fieri transituram.

particulam *velut* non esse improprietatis notam, ut fit, cum dicimus quasi Servianam, quasi contractum: sed notare modum et caussam, ex qua illic adversus patrem agitur. Dixerat enim Ulpianus, si filiusfamilias ex delicto suo conventus condemnatus fuerit, exinde posse agi de peculio cum patre ex ea caussa. Obstabat, quod constitutum est, ex delictis filiorumfamilias patrem ullo modo conveniri non posse §. *ult. Inst. de noxal. act.* Ulpianus respondet, cum ex ea condemnatione adversus patrem agitur, non agi velut ex obligatione delicti, sed velut, id est tanquam, ex obligatione judicati. Hæc autem ex contractu, non ex delicto. Ubi manifestum est caussam et modum notari, quo nomine agitur, non improprietatem. Apparet igitur obligationem judicati omnino ex hoc genere esse, cum facio, ut des, aut facias; id est judicio tecum ago, ut judicatum solvas; ut præstes, quod peto, si condemnatus fueris.

IX. Ejusdem generis est obligatio jurisjurandi. Constat, si quis actor, deferente eo, cum quo agitur, juraverit sibi dari aut fieri quid oportere, juranti actionem esse in factum adversus eum qui detulit, ut præstet id, de quo juratum est, eamque actionem esse in personam proditam jure prætorio. §. *item si quis. Inst. de act. L. actori*, *C. de reb. cred.* Et quoniam in personam est, etiam illud constat esse adversus eum qui obligatus est; quæ natura est actionum in personam. *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Unde igitur hæc obligatio? Dicet aliquis, ex quasi contractu, quia Ulpianus in *L.* 5. §. 1. *D. de pecul.* ita scribit, si filiusfamilias a quo quid petitur, jusjurandum detulerit, et juratum sit, ita teneri eum, ut et adversus patrem danda sit de peculio actio, *quasi contractum sit.* Sed et hoc loco particula *quasi* non improprietatis nota est, sed caussam et titulum significat, cur putet Ulpianus de peculio agi posse. Estque hæc sententia: de peculio actio etiam in proposito danda est, quia contractum est, seu eo nomine quod contractum est. Nam et idem Ulpianus in *L.* 3. §. *idem scribit.* idem argumentum tractans; ita scribit: quare etsi filiusfamilias quasi defensor alterius in caussa delicti condemnatus sit, de peculio in patrem dabitur. Quasi defensorem condemnatum dicit, qui vere defensor fuit: sed quem vult intelligi condemnatum pro defensore, seu hoc nomine, et sub hac persona quod defensor esset. Plane et isto modo accipi oportet, cum ait jurejurando a filiofamilias delato, teneri patrem de peculio, *quasi contractum sit*; ut sit, teneri patrem ex hac caussa, atque hoc nomine quod contractum est. Et res ita habet. Obligatio jurisjurandi vere est ex (6 contractu, non ex quasi contractu. Est enim ex conventione, et quæ actio hinc datur, dicitur dari propter religionem et conventionem. In eamque sententiam omnes juris auctores consentiunt. Atque adeo posterior ista Ulpiani est. *L. sed etsi servus.* 25. *L. qui jurasse*, seq. in fin. *D. de jur.* Unde et jurejurando inter litigatores negotium transigi vicitur. *L. admonendi.* in fin. *D. eod.* transactio autem ex consensu. *L. non minorem*, *C. de transact.* Unde ergo ista conventio inter deferentem jusjorandum, et jurantem? Non est expressa: sed ex eo, quod agitur in jurejurando, satis intelligitur. Jurat actor, ut sibi detur, aut fiat, quod petit, et cujus nomine jurat. Defert reus jusjurandum hac eadem mente, ut præstet, quod ab actore petitur, si ille juraverit, atque ita ab omni lite discedatur. Quæ manifesta conventio est transigendi negotii caussa. Cumque hæc species ex conventione est; tum vero ne requiratur caussa, cur ex ea conventione detur actio, perspicuum est non esse nudam pactionem, ut quis dicat ex pacto actionem dari non debuisse, vetante regula juris, sed negotium hic geri, pertinereque speciem ad idem illud genus, cum facio ut des aut facias, id est juro, te deferente, ea lege; ut des aut facias, quod peto. Et tamen quia hic tacita conventio est, de qua ex mente deferentis potuit dubitari, quasi in deferendo jurejurando non id senserit, ut vellet per id ab omni lite discedi: interpretatione juris opus fuit, quæ hanc conventionem admitteret. Quod factum est a prætore, proposita ex jurejurando actione.

(6) Censeri jurejurandum quasi contractum, Beoat. *in L.* 2. *de Jurejur. n.* 24. Verum contractum non esse probat aperte §. 4. *l. de except. junct. L.* 27. §. 2. *de pact.* quia non tollit obligationem civilem ipso jure, sed tollit tantum naturalem, sicuti et nudum pactum *L.* 95. §. 4. *de solut.* cujus vim habet *L.* 35. §. 1. *de jurejur.* Et est actio ex jurejurando in factum *d. L.* 8. et prætoria, cum tamen jusjurandum juris prætorii non sit. Facit *d. L.* 26. §. *ult.* in verbis *potest videri.* Sane hic quædam adest conventio, non autem quæ habeat negotium seu caussam. Vel si conventio de jurejurando fortassis contractus aut ei maxime affinis, non tamen ex ea datur actio, quæ ex jurejurando, sed ex ipso facto jurantis, quod est potius exsecutio et consummatio præcedentis conventionis. Denique contractus falsi et simulati nulli sunt. Jusjurandum non item; ubi tantum quæritur, an juratum sit, vere an falso nihil interest.

Unde cum esset actio prætoria, non civilis, dicta est *in factum*, qualis dari solet, cum dedi, aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres. *L. prima. D. de præscr. verb.* In factum tamen simpliciter, non præscriptis verbis. *L. actori, Cod. de reb. cred.* quia hoc verbum posterius usurpari solet de actionibus in factum civilibus. *L. 2. L. 3. D. de præscrip. verb.*

X. Ex eodem genere sunt plane et præstationes illæ extraordinariæ, quas dixi. Certæ sunt personæ; quibus petitio mercedis jure tributa est pro opera ab ipsis præstita, adversus eos, quibus præstita est, idque sine aperta conventione. Tribuitur hoc professoribus liberalium artium adversus auditores, qui illorum doctrina usi et instituti sunt: medicis adversus ægrotos, quos curarunt: obstetricibus adversus puerperas, quibus adfuerunt: Ludimagistris adversus pueros et discipulos, eorum disciplinæ commissos, vel in eos qui commiserunt: item advocatis adversus eos, quorum caussam egerunt. Eadem actio quanvis in opera optima et honestissima, tamen denegata Philosophis, et Jurisconsultis. Hæc in *L. 1.* pene tota. *D. de extr. cognit.* Omnem hanc persecutionem mercedis pro opera supra scripta non esse actionem in rem certum est. Nihil enim isti petunt suum. Non est autem in rem actio, nisi de eo, quod nostrum est, quod et tanquam nostrum petimus. *d. L. actionum, D. de obl. et act.* Ita etiam intelligimus actionem hic esse in personam adversus eos, quos diximus. Proinde et adversus obligatos. *d. L. actionum.* Unde ergo hæc obligatio, ut ad unum aliquod genus propositæ et receptæ obligationum divisionis recte referatur. Constat non esse ex maleficio, aut quasi maleficio. Ab istis enim potius beneficium summum aliis præstatur. Sed nec ex quasi contractu esse licet dicere. Nam si ex eo genere erit, non possit hoc factum nisi ad negotiorum alienorum administrationem referri, quia opera nostra aliquid in rem alterius factum sit. At hæc omnis administratio, si abest conventio mercedis, gratuita est. Quisquis enim aliena negotia gerit, et maxime si sine mandato, nullam actionem habet, nisi de eo, quod illi abest eo nomine de suo. *L. 2. D. de negot. gest.* Nunc autem in superioribus operis omnibus volumus esse petitionem mercedis. Aliunde igitur esse oportet, quam ex eo quasi contractu, omninoque hic cogitationem mutuam de mercede danda accipiendaque subesse oportet. Quod si ita est, nihil restat, nisi ut obligatio sit ex (7) contractu, quia ex conventione et negotio gesto. Et est ita omnino. Negotium est, quod superiores personæ faciunt, idest, eam operam præstant, quam diximus, ut ab iis qui opera usi sunt, accipiant dignam opera mercedem. Conventio in eo, quod qui opera utuntur, in eamdem legem et conditionem consentiunt, idest, ista ipsa mente et lege eam operam in se admittunt. Opera superiorum manifesta est. Conventio non est aperta: sed intelligitur tamen satis, illinc ex instituto eorum, qui illas operas tractant; hinc autem ex studio et voto eorum, qui utuntur. Nam et professorum liberalium artium, et medicorum, et obstetricum, et ludimagistrorum, et advocatorum, ita est institutum vitæ, ut in his quæ profitentur, honestam quidem et laudabilem, non tamen gratuitam artem exerceant, sed eam, ex qua faciant dignum operæ pretium ad vitam honeste transigendam. Id experientia omnium temporum et nationum docet, nec indiget res probatione. Quid illi, qui ad istos accedunt, quo eorum opera pro instituto vitæ utantur? Non dubium est hos quoque sic accedere, ut quorum operam expetant, eorum quoque conditionibus ista opera uti velint: sic fit, ut quemadmodum illi non dant operam gratis: sic et horum sit animus, ne gratis suscipiant. Consensus igitur inter istos, illi ut mercedem accipiant pro opera: isti ut dent, uti ad eos opera pervenit, quam et consensu mutuo accipiunt. Hic autem consensus conventio est. *L. 1. D. de pact.* Nihil nocet, quod non exprimitur, postquam placuit non minus tacitas conventiones valere, quam expressas. *L. 4. D. de pact.*

XI. Ex hoc tamen genere negotii non est supra scriptis personis actio constituta præ-

(7) Immo recte Wes. *in Par. de extr. cognit. in pr.* Non fluunt, inquit, ex ordinario jure pacti, obligationis, actionis, sed citra conventionem et actionem ordinariam ex æquitate et privilegio proponuntur etc. Si verus contractus, vera hic et ordinaria actio, verus judiciorum et cognitionis ordo. Quin nulla igitur hic quasi naturalis obligatio ex beneficio, cui hic pleniorem vim leges tribuunt; Vid. *supra C. 2. not. 15.* Id prolixe clare *L. 1. pr. si men. fal. mod.* verbis: *Operam beneficii loco præberi, et id quod datur ei ad remunerandum dari; et inde honorarium appellari.* Quia videlicet quodam antidoto beneficium compensatur, non de opera satisfit. Nec cum sponte dant ex gr. ægroti medico, accipit is ex contractu, (uti cum ex gr. res vendita sponte traditur) sed mutua benevolentia utitur, cum sciat se tanto plus præstitisse. Vid. Fr. Pollet *L. 2. Hist. fori C. 11.*

scriptis verbis civilis, aut in factum propria, id est ordinaria actio qualis esse solet in his negotiis, quæ manifestam conventionem habent, cum feci ut dares, aut facere; sed constituta extra ordinem, seu persecutio extra ordinaria. *L.* 1. *D. de extr. cognit.* Unde et quæ de his mercedibus exercentur cognitiones magistratus, dicuntur cognitiones extraordinariæ. Id fit tribus de caussis, in quibus ab ordine et more juris rec. pto in his petitionibus recessum est, et actio constituta extra, id est præter, eum ordinem et formam juris usitatam. Primum hic datur actio de mercede operæ, de qua tamen aperte nihil convenit. Singulare hoc beneficium juris fuit ut conventio de qua dubitari poterat, pro certa conventione acciperetur, et ita daretur actio, quasi aperte contractum esset. Beneficii argumentum est, quod non omnibus qui operam præbuerunt aliis sine conventione, eadem præstatur actio; sed supra scriptis tantum personis. Hoc ideo: quia istorum honesta ac verecunda opera est, puderetque eos, qui profitentur eas artes, de (8) mercede certa ab initio convenire. Unde et illud recte visum est sic eorum pudori parcere, ut tamen sine fraude eorum fieret, constituta nimirum his actione sine alia aperta conventione. Secundum et illud singulare. Nam de omni pactione ex qua præstari pecunia debet, generaliter receptum est inutilem esse conventionem, non adjecta certa quantitate. *L. ita stipulatus*, 115. in princ. *D. de verbor. oblig.* In his autem caussis videmus nullam mercedem certam adjectam esse, et tamen actionem constitutam de mercede, quæ æstimaretur officio judicis de ea cognoscentis. Neque tamen hic omnino incerta res est, quæ versetur in obligatione, ut propter incertitudinem rei in obligationem deductæ repudiari actio debeat. Non enim tantum quid certum est per sese, sed etiam quod fit certum per aliam rem, ad quam refertur. *L. in sententiis*, *D. de re judic.* Ex quo placuit dotem a patre simpliciter promissam nulla certa demonstrata, vel re vel quantitate, nihilominus deberi: quia dotis quantitas ex appellatione dotis et certæ personæ, ad quam relata est, certitudinem accipiat. Est enim patris dare filiæ dotem, cujus modus pro facultatibus patris, et dignitate mariti constituitur. *L. capite*, 19. *D. de rit. nupt. L. cum post*, 69. *§. gener*, *D. de jur. dot.* Quo argumento et in his caussis tacito consensu constituitur merces, per se quidem incerta, quia nulla certa quantitas dicitur: sed quæ fit certa dum constituitur pro opera superiorum personarum, et conditione eorum, quibus præbetur opera. Sic enim ex dignitate et quantitate operæ, ex præstantia eorum qui præstant, ex facultatibus rorum, qui opera usi sunt, tum ex consuetudine publica, quæ in hujusmodi rebus servatur, æstimatio adhibetur, ut de advocatorum honorariis scriptum est in *d. L.* 1. *§. in honorariis, D. de extr. cognit.* Tertium singulare est, et præter veteris juris ordinem in jure dicundo, quod cum in cæteris actionibus et petitionibus ita esset jurisdictio jure Romano, ut magistratui liceret in ea caussa, in qua aditus erat, aut judicare ipse, aut judicem dare, unde dicta judicis dandi licentia esse jurisdictio. *L.* 3. *D. de jurisd.* in his petionibus extraordinariis jam olim placuit, prætores ipsos Romæ, et præsides in provinciis de mercedibus jus dicere, ita ut cognoscerent ipsi, et judicarent. *d. L.* 1. in princ. *§. ludi*, *§. sed et si, de extr. cognit.* Quæ cum omnia sint præter morem receptum et actionum et judiciorum, non abs re esse apparet, quod dictæ sint hæ cognitiones extra ordinem constitutæ, et extraordinariæ. Hactenus tamen ita dictæ et constitutæ, ut cum de caussa obligationis et actionis in his caussis quæritur, intelligi oporteat nihilominus eas ad divisionem obligationum initio propositam pertinere. In ea autem hanc sedem habere: esse enim hic contractum, ex quo sit obligatio superior: contractus genus esse, cum facio, ut des, id est operam in superiore aliqua professione præsto, ut mercedem accipiam.

(8) Vendere enim operam, et pretio tanti beneficii auctoritatem elevare sordidum, cum pleraque hoc ipso vilia videri possint, quod pretio præstantur. Hinc Hippocrates suos jurejurando obstringi voluit ut artem suam facerent ἄνευ μισθοῦ καὶ συγγραφῆς, id est, sine mercede et pactione, seu sine mercede conventa. Perceptionem enim mercedis non vetuit sed pactionem. Fr. Polter. *Lib.* 2. *Hist. fori C.* 11. Ubi et justissimam hanc acquirendi rationem vocat ac ex labore honestissimo, cum et hæc ipsa opera caussas orandi etc. tempusque alienis negociis datum facultatem aliter acquirendi recidant.

CAP. XV.

Nulla re ante præstita, etiam verbis conventionem jure civili confirmari: et literis interdum: Unde obligatio, illinc quidem, quæ verborum; hinc autem, quæ literarum dicitur: Quibus verbis; quibus literis.

Transitio; ubi fusior obligationum, quæ re contrahuntur habita tractatio difficultate rerum, atque utilitate excusatur. I.

Sine re contrahitur obligatio verbis, et his quidem conceptis, et ad consensum exprimendum idoneis. Quæ ex his obligatio, et quomodo appellata. II.

Obligatio verborum, et aliorum obligationum vis et natura cur hactenus obiter exposita. III.

Sine re et verbis obligatio contrahitur literis. Literarum obligatio qualis, et cur hic leviter judicata. IV.

I. In quibus caussis re ad conventionem accedente confirmetur conventio, atque hinc re obligatio contrahatur, hactenus dictum sit. Quod erat primum genus eorum contractuum, quibus non contrahitur obligatio solo consensu. In quo cum tum multæ sint et variæ species, quam multas diximus, caussis et effectu longe dissimiles, pleræque etiam ejusmodi, quæ obscuram obligationis caussam habeant, et tamen huc debeant referri; non mirum, si genus a me constitutum est paulo pluribus verbis. Necesse enim fuit ita facere, dum et species hujus generis exponuntur, et ad suas quæque caussas, suaque principia revocantur; fitque hoc modo, ut certius statuatur divisio juris de caussis obligationum, dum intelligimus has quoque species in ea divisione suas sedes et et locum obtinere. Reliqua sunt duo, quibus, ut est propositum, ad conventionem accedentibus confirmatur item conventio, verba, et literæ: unde reliqua genera duo obligationum, quæ non contrahuntur solo consensu, ut sine re aut contrahatur obligatio verbis, aut literis.

II. Ut ergo re ad conventionem accedente, qualem rem supra diximus, contrahitur re obligatio: ita sine re contrahitur verbis, cum ad conventionem verba accesserunt. Unde et obligatio, quæ dicitur verborum. Verba hic non intelligimus verba quælibet consensum de re aliqua præstanda significantia. Nam et verbis paciscimur: neque tamen ex solo pacto obligatio nascitur jure civili. *L. juris gentium*, *§. sed cum nulla*, *D. de pact.* Sed verba accipere debemus, verba concepta, ad certum, et meditatum consensum de re præstanda exprimendum idonea, quæ et jure civili ad eam rem constituta, receptave sunt. Ea est, quæ uno verbo dicitur stipulatio: definiturque hoc modo, ut sit verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturumve se, quod interrogatus est, respondet. *L. 5. §. stipulatio*, *D. de verb. obl.* Hinc obligatio, quæ dicitur verborum. De qua *Tit. in Inst.* et *D. de verb. obl.* Quam ex superiore conceptione, uno verbo ex stipulatione jure civili nasci, non est, quod pluribus ostendere conemur, cum diserte traditum sit in *§. de constituta*, *Inst. de action*, *L. 1. §. verbis*, *D. de obligat. et action. Instit. de verbor. obligat.* in princ.

III. Atque hoc satis sit nobis hoc loco constituisse: ut genus notum sit: quod unum nobis in præsentia in justis et jure comprobatis conventionibus indicare propositum est. Ipsa stipulatio quibus rebus constet, et perficiatur, quid proprium ejus obligatio habeat, non magis nunc quærimus, quam quid sit, et quibus rebus perficiatur, quamque vim habeat emptio venditio, locatio conductio, et reliqui contractus, quos supra retulimus, tantum ob id, ut in his conventio jure ad obligationem comprobata intelligeretur. Alius est mihi constitutus locus, in quo postea omnibus his positis quæ contractum efficiant, de singulorum contractuum natura, et obligatione propria quæratur. Ubi et suo ordine, quæ ad stipulationem, et verborum obligationem pertineant, dicetur.

IV. Si et res ante præstita, et verba, sive stipulatio desint, quæ ad conventionem confirmandam accedant; supersunt ad extremum literæ, quæ interdum accedentes pariter conventionem confirment. Unde et obligatio, quæ ex contractu, et tanquam ex literis nata, dicitur literarum, ut superior ex verbis obligatio verborum. Literas hic vocamus omnem cautionem scripto comprehensam mutuo consensu traditam creditori, qua quis profitetur se ab eo certam pecuniæ summam mutuam accepisse. Qua ex re sic deinde eum post biennium obligari placet, ut quanvis non acceperit, quod se

accepisse professus est, tamen id omnimodo solvere cogatur: sed certis conditionibus. Quæ cum ad naturam et vim hujus contractus pertineant; ibi quoque tum, cum ad eam partem venerimus, eodem cum cæteris contextu a me exponentur. Ubi et de genere obligationis, vi et potestate ejus dicetur.

Nunc cum constet et hoc genus obligationis certo jure receptum esse, traditum ex professo in *Institutionibus Tit. de liter. oblig.* satis sit id quoque hoc loco indicasse, ut instituti ratio postulabat. Deinceps ad reliqua pergemus.

CAP. XVI.

Fines stipulationis et conventionis omnis legitimos duos hos esse: in stipulatore et acquisituro, ut stipuletur et paciscatur quisque sibi, non alii: In promittente, ut se promittat daturum facturumve, non alium. Adversus hos fines interpositam conventionem omnem ad acquirendum alteri, aut obligandum alium esse inutilem: nisi si quid hic certis de caussis excipiatur. Et de priore genere in eo, qui stipuletur alteri. Cur hæc stipulatio, et qua ex parte inutilis.

Transitio, et methodi superius propositi progressus et continuatio. I.

Finis omnium conventionum summus iste, ut detur aliquid aut fiat. II.

Constat ideo dantis et facientis, itemque acquirentis, accipientisve persona. III.

Utrique sive stipulanti sive promittenti duæ summæ leges a jure impositæ; et quæ. IV.

Prior illa: ut quisque sibi recte stipuletur, et caveat: alteri stipulari aut cavere nullo jure liceat. Quæ utriusque partis ratio. V. VI. VII. et seqq.

Contrariis occurritur. VII. VIII. IX. X.

I. Et ex quatuor rebus propositis, quibus omnem conventionem constare diximus, quæ eadem valeant ad confirmandam conventionem, pariendamque obligationem, nempe consensu, sine conventionis, rebus promissis, personis contrahentium: hactenus de prima parte, idest de consensu diximus. In qua ostendimus, quis consensus, quæve conventio jure comprobetur ad obligationem; et si explicatius dicendum est, quæ conventiones pariant obligationem solo consensu, quæ non pariant. Et quæ non pariunt, quibus rebus accedentibus id efficiant: tum quæ sint res hujus generis, et quot numero. Quibus cognitis cognita sunt genera justarum et legitimarum conventionum. Sed nihil prodest ad obligationem conventio quantunvis legitima, nisi reliqua tria superiora accedant, qualia eo jure constituta esse oportet; finis conventionis legitimus; res promissæ ad commercia, et commutationes idoneæ; personæ contrahentium contrahendæ suscipiendæque obligationis capaces. De quibus leges sunt quædam communes jure receptæ: quæ cum pertineant ad omnes conventiones superiores legitimas, de his etiam in commune dicemus.

II. Cum ergo proposita erit aliqua conventio, quam constet a consensu esse legitimam, ut nunc legitimam vocamus, id est jure comprobari ad obligationem: proximum est ad vim ejus, ut de fine conventionis cognoscatur, quando hunc quoque legitimum esse oportet. Finis omnium conventionum ad obligationem communis hic unus est summus, ut quid detur aut fiat, ut in definitione contractus ostendimus. Atque adeo in eo est obligatio omnis. *L.* 3. *D. de oblig. et act.* Sed præcipue contractus, quo id agitur, ut acquiratur nobis quod nostra interest. Quod de stipulatione dictum in *L.* 2. in pr. *L. stipulatione ista*, 38. §. *alteri, D. de verb. obl.* pertinet ad omnes contractus, quibus idem propositum est.

III. Hic finis duas personas continet, unam accipientis, acquirentisve; alteram dantis aut facientis. Necesse est enim in omni datione, et acquisitione unum esse, cui detur aut fiat; alterum, qui det aut faciat.

IV. Quid in his finis legitimus concedat, ut recte cavere liceat, quæritur. Hæc autem quæstio est, utrum is cui promittitur, conventione non tantum sibi cavere possit, quod sibi detur aut fiat, quod eum posse constat: sed etiam conventione id agere, ut detur aut fiat alteri. Qui autem promittit, utrum non tantum promittere possit de se, nempe daturum se facturumve, quod item constat eum posse; sed etiam possit aliud daturum, facturumve promittere. Et de eo hæ sunt leges summæ jure traditæ: in eo quidem cui promittitur hæc, namque quemque stipu-

lando et paciscendo sibi cavere posse; alteri non posse. In promissore autem hæc, unumquemque de se promittere debere; alium daturum facturumve frustra promittere. Quæ totidem sunt partes hujus finis legitimi, quem quærimus. Quæ ut personis et jure distinctæ sunt; ita de his separatim cognoscendum, quid in singulis jus deneget, aut concedat.

V. Sit igitur prima hæc lex in eo, cui quid promittitur, et qui studet id alicui acquirere, vel sibi, vel alteri, sive hunc stipulatorem, sive creditorem uno verbo appellare libet: unumquemque recte stipulari sibi, alteri (1) stipulari non posse. Definitio in stipulatione multis locis tradita. *d. L. stipulatio ista*, 38. *§. alteri*, *D. de verb. obl.* *§. si quis alii*, *§. alteri*, *Inst. de inutil. stip.* Sed ne in stipulatione hic consistamus, sciamus hanc legem ad omnes contractus et conventiones pertinere. In quo hæc regula Pauli tenenda est: *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium obligationis sumant, inanem actum nostrum efficiunt. Et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.* *L. quæcumque gerimus. D. de obl. et act.* Ergo cum dicitur alteri stipulari, aut cavere nos non posse, hoc dicitur si stipulati, aut pacti simus, inutilem esse stipulationem et pactionem. Pro quo aliis verbis dicitur nihil agi in *§. si quis alii, Inst. de inut. stip.* Inutilem esse hanc stipulationem rursum cum dicimus, hoc dicimus inutilem esse omnibus, quorum caussa comparata est. Proinde his duobus, et stipulanti, et ei alteri, in quem stipulatio est collata. Quod et verum est. Cujus utriusque partis hæ rationes redduntur a veteribus, ut stipulanti quidem nulla inde quæratur actio, quia sibi quæsitam noluit: ei autem cui stipulatus est, ideo nulla, quia stipulator alteri acquirere non potuit, cum jus prohibeat. Hæc in *L. multum* in fin. *C. si quis alt. vel sibi*, *L. si genero*, *C. de jur. dot.*

VI. Prior ratio expedita est. Constat enim in omni contractu, quoniam non nisi consensu duorum perficitur, nihil valere, aut cuiquam acquiri posse sine consensu. *L. 1. §. 1. D. de pact. L. non omnis*, *D. si cert. pet.* Non consentit autem, ut sibi quid detur aut fiat, qui nominatim id dari aut fieri stipulatur alteri.

VII. Posterior ratio non item est expedita. Scimus quidem regula juris certi ita traditum, per liberam personam, quæ juri nostro subjecta non sit, nec bona fide nobis servial, obligationem nullam nobis acquiri posse. *L. si ita stipulatus*, 126. *§. Chrysogonus*, *D. de verb. obl.* *L. 1. C. per quas pers.* *§. ex his*, *Inst. eod tit.* Sed videamus, ne huic ipsi juri refragetur alia juris constitutio longe æquissima, qua efficitur alienam conditionem deteriorem quidem facere nos non posse: at meliorem posse etiam ignorantis et inviti. *L. solvendo. D. de neg. gest.* Quid ni igitur ex hac re-

(1) *L. 9. §. 4. de reb. cred. L. 11. §. pen. de pign. act.* Vasq. 3. *usu freq.* 58. *n.* 32. *L. 73. §. ult. de R. I.* ubi P. Fab. Idem est Jure Canonico Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 1. *et* 3. *et* Fachin. 3. *Contr.* 19. *per C. quanquam de Usur. in* 6. ubi exigitor persona publica, ut stipulatio alteri fiat; et discrimen nullibi expressum, et Jure quoque Canonico auditur exceptio: Tua non interest *C. cum inter extra de elect.* Quid si ex pacto detur actio jure provinciali, num hæc stipulatio valebit? Affirmat Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 15. Parlador. 2. *Rer. quotid.* 3. *num.* 28. volentes, cum jure Hispanorum regio ex pacto detur actio, dari etiam ex hac stipulatione. Contra Vasq. *Lib.* 3. *de success. creat.* §. 30. *n.* 26. nec valere hanc stipulationem jure isto, quia nec sit pactum. Licet enim postea superveniat ratihabitio illius, cui stipulatio facta est, non tamen habetur tunc duorum consensus, sed unius voluntas. Ex quibus non inconcinna ratio depromi potest, cur hæc stipulatio nihil valeat, quia conventionem in se non habet, cum hic consensus duorum in idem tempus, vid. *supra Cap.* 10. *N.* 5. *sub fin.* desit, illorum videlicet amborum, inter quos debet consistere obligatio. Unde et libentius illis accesserim, qui nec naturalem obligationem hinc oriri rentur, ut Donellus noster, ad *L.* 38. §. 17. *N.* 9. *et seqq.* Gifan. *ad L.* 14. *de O. et A. n.* 22. Eman. Soarez. *in Annot. ad* Gomez. 2. *Resol.* 11. *lit. N.* Vasq. *Contr.* usu *freq.* 11. *n.* 2. *et Lib.* 3. *C.* 58. *n.* 32. scribens naturalem non oriri, vel, si oriatur, carere omnibus effectis a jure Civili accommodatis, et pluribus Lib. 3. *de success. creat.* §. 30. *n.* 6. *et seqq.* quanquam vix secum ipse probe convenire videatur. Licet enim naturæ non inconveniens sit, eum qui se obligare vult, teneri; tamen naturæ impedimentum obstat, quod alter qui stipulatur non velit sibi acquiri. Obligatio autem cum sit ex genere relatorum, consensum requirit obligantis et obligati, quorum alter sine altero considerari nequit. Nam et DD. fere, qui communiter dissentiunt, naturalem obligationem tertio cui quis stipulatus est, non acquiri fatentur, sed stipulanti, maxime si verba obligatoria in illius personam concepta ex gr. Promittis mihi quod dabis Titio 100. vid. Jo. Bapt. Caccial. *de pact. Q.* 11. *n.* 4. *et* 5. Vasq. *d. C.* 58. *n.* 2. add. Covar. *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 4.

gula alteri stipulationem et actionem stipulando acquirere liceat? Et certe hoc quoque juris certi est, posse unumquemque alteri possessionem acquirere, et per possessionem dominium. *L. 1. C. per quas pers. §. ex his, Inst. eod. L. traditio, §. ult. D. de acq. rer. dom.* Quid caussæ est, cur non liceat stipulationem, et obligationem? Dices stipulationem acquiri civiliter, possessionem autem naturaliter. De his autem acquisitionibus aliud atque aliud placere, ut distinguuntur ista in *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Nihil hoc ad defensionem pertinet. Quinimmo hoc responso petitur principium, sumiturque pro ratione id, quod erat in quæstione. Hoc enim ipsum quæritur, sitne hoc per omnia constitutum jure civili; aut si constitutum est, quam recte sit constitutum. Nos vero non tantum rationem naturalem hic opponimus, sed etiam civilem, probamusque jure quoque civili hoc effici, ut et stipulatio alteri possit acquiri: quia ita scriptum sit in *d. L. solvendo, D. de neg. gest.* naturalem simul et civilem rationem suadere, alienam conditionem meliorem etiam ignorantis et inviti facere non posse.

VIII. Sed nihil hæc sententia superiori juri adversatur, quo vetamus alteri acquiri obligationem. Nam quæ meliorem alterius conditionem facere permittit, eadem facere deteriorem prohibet. Quæ res facit, ut si in eodem negotio utramque horum concurrat, ut unius conditionem faciamus meliorem, alterius deteriorem, inutile sit quod geritur: ne si id volumus valere, faciamus contra legem, quæ deteriorem alterius conditionem facere nos vetat. At hoc accidit in omni obligatione, quam alteri quæsitam volumus. Nam si ei isto modo acquirimus; facimus quidem hujus conditionem meliorem: sed facimus promissoris deteriorem, dum eum necessitate dandi faciendive oneramus. Hoc vero superiore constitutione tum naturæ, tum civili non licet. Quod si ita est; usque adeo hæc lex non facit, ut alteri obligationem conventione nostra acquirere possimus; ut potius quod placet eam alteri acquirere nos non posse, videri debeat ex superiore lege esse expressum. Hoc periculum cum non versetur in possessione alteri acquirenda, et rebus quibusdam similibus; sciamus id caussæ esse, cur eas res acquirere possimus alteri; obligationem non possimus. De quo plura in commentariis ad §. *alteri, L. stipulatio ista. 38. de verbor. obligat.*

IX. Cur ergo unumquemque stipulatione obligare possumus, a que hoc modo eum, onerare, dum nobis stipulemur? Quia lex superior hac exceptione temperata est, nisi nobis acquireremus. Quod sane necesse fuit facere receptis semel commerciis et contractibus, quibus hæc vita carere non potest, quæ ideo et jure gentium recepta sunt. *L. ex hoc jure, D. de just. et jur.* Nulla enim potest ex his esse præstatio aut acquisitio, quam ab invito exigere possumus, nisi promissor ad eam præstationem ex contractu obligetur. Recepti sunt autem atque adeo inventi contractus omnes, ut quisque sibi acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio, §. alteri, D. de verb. obl.* Quapropter et illud fuit consequens, ut dum id stipulatione nobis acquiritur, in eam rem et promissor nobis obligaretur.

X. At cur non potius dicimus inventos esse contractus, ut acquiramus non tantum nobis, quod nostra; sed etiam alteri, quod ejus interest: ut ex eo colligamus etiam alteri obligationem conventione nostra quæri posse? Et Ulpianus in *d. §. alteri.* scribit inventas esse stipulationes, ut unusquisque acquirat, quod sua interest: significans ad hoc solum esse inventas. Ex quo etiam colligit, alteri nos stipulari non posse; quia alteri dari, inquit, nihil nostra interest. Hoc quæritur, cur ad hoc solum sint inventæ stipulationes et contractus omnes, ut acquirat sibi quisque, quod interest sua; non etiam ut acquirat alteri, quod ejus interest. Nempe ideo, quod eum in altero obligando et hactenus onerando nonnihil recedatur a superiore regula naturæ, quæ vetat alterius conditionem deteriorem facere: curandum fuit, ne sine justa caussa id cuiquam concederetur. Etsi enim de jure recepto nihil facile mutandum est; tamen ubi evidens æquitas poscit, id faciendum esse convenit. *L. etsi. D. de regul. jur.* Sed solum ubi res, et æquitas id postulant. At nulla justa caussa est, cur concedatur cuiquam alium obligare quo det alteri, ubi alium onerat sine ullo commodo suo. Alium autem sibi obligare, quo quis sibi acquirat, ejusmodi est ut cuique concedere non modo sit humanum, sed etiam necesse ad vitam tuendam; sine quo et vita hæc, ac convictus hominum inter istos stare non potest.

CAP. XVII.

Quod dicitur, Alteri stipulari neminem posse; quas habeat sive cautiones sive exceptiones, cum in persona stipulantis, tum in persona ejus, in quem stipulatio collata est.

I. Constituta est igitur satis lex superior, alteri stipulari, aut pacisci non licere. Et quidem in utramque partem, ut si quis stipulatos sit, inutilis sit stipulatio pariter et stipulanti, et ei in quem stipulatio collata est. Sed habet utraque pars suas quasdam exceptiones, vel verios cautiones, quibus efficitur, ut dum quis verbis stipulatur alteri, re autem ipsa intelligitur stipulari sibi, utilis sit stipulatio, alias stipulanti, alias ei alteri, cui stipulamur. Itaque quid hic in utriusque persona juris sit, ordine dicemus.

III. Et de stipulatore sic habendum. Quod dicitur dum quis stipulatur alii dari, inutilem esse stipulanti stipulationem, sic accipiendum est, si stipulantis nihil intersit alteri dari. Quod si intersit ejus dari ei, cui stipulatus est, placet stipulationem valere, quo scilicet hactenus acquiratur stipulanti obligatio et actio, quatenus (1) ejus interest. *d. L. stipulatio ista*, §. *si stipuler*, et deinceps, *D. de verb. oblig.* §. *sed et si quis, Instit. de inutil. stipul.* Neque id præter regulam, ne quis hic vere exceptionem esse existimet: sed maxime ex regula: quoniam qui ita stipulatur alteri, ut ejus intersit alteri dari, vere hunc dixeris stipulari sibi, non alteri: quippe qui stipuletur non alterius commodo, sed suo. Denique cum velit conventione sibi acquirere id, cujus caussa stipulationes omnes inventæ sunt, puta id quod interest.

III. Eorum, quorum interest alteri dari, duo sunt genera. Unum eorum, qui stipulantur iis, quos in potestate habent: alterum

(1) Convalescere quoque stipulationem, etsi postea interesse cœperit, communius, placet. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 31. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 132. De quo aliquis non abs re dubitaverit. Vid. *num.* 6.

extraneorum, qui et ipsi stipulantur extraneo. In potestate dominorum sunt servi, in potestate patrum sunt filii, nisi suis modis de potestate exierint.

IV. Quod dominus servo, pater filio quem in potestate habet, stipulatur, sibi acquirit. *L. dominus, D. de verbor. obligat.* Non alia id quidem de caussa, quam quod interest domini servo dari, patris dari filio. Horum quidem interesse hæc ita fieri certum est. Servo enim datum, statum acquiritur. domino. *§. item vobis, Inst. per quas. pers. nobis acquir.* Datum filio statim ad patrem redit, ubi a patris stipulatione sola profectum est. *§. 1. Institut. eod.* Sed an ista de caussa, non alia in proposito sibi acquirat dominus stipulando servo; pater stipulando filio, dubitari potest. Nos dicimus, non alia. Id ita esse ex eo intelligemus, quod si quid pater ita stipuletur filio, ut id in persona filii consistat, nec redeat ad patrem, placet inutilem esse stipulationem, et filio, cui per patrem acquiri nihil potest, et patri, cujus nihil interest datum aut factum esse filio.

V. Duabus de caussis accidit, ut quod pater filio stipulatur, ad patrem non redeat, totidemque de caussis, ut patris stipulatio in hujusmodi rebus sit inutilis. Una, si stipuletur filio, quod conferatur solum (2) in filii personam: ut si stipuletur ei agere licere, si stipuletur ei fundi Corneliani usumfructum. Quam ob caussam et stipulationem esse inutilem traditur in *L. quod dicitur*, 86. *D. de verb. ob'.* Altera, si quid pater stipuletur filio, quod leges volunt esse filii, patri acquiri non permittunt. Veluti, si quid stipuletur præstari filio, quod ad caussam peculii castrensis, aut ad proprietatem peculii adventicii pertineat. Et in hac caussa patrem sibi non acquirere indicator in *d. L. dominus*, 39. *de verb. ob'.*

VI. Alterum genus eorum, quorum interest alteri dari aut fieri, diximus esse extraneorum stipulantium extraneo. Etiam horum ut intersit dari fieri extraneo, sæpe accidit. Fit autem in summa duobus modis. Uno, si quid stipulemur alteri dari vel fieri, ad quod dandum aut faciendum illi alteri prius nos obligati eramus. Altero e converso, si stipulemur alteri id, ad quod nobis reddendum alter ille prius nobis obligatus erat.

VII. Inde etiam totidem modis evenire placet, ut nobis ex hujusmodi stipulationibus actio acquiratur, in id quod nostra interest. Exempla suppeditabunt *L. stipulatio ista*, 38. *§. si stipuler*, et deinceps usque ad finem. *L. item*, *§. sed et si quis*, *Inst. de inut. stip.* quibus in locis cum varia exempla proponantur, quorum ratio non statim omnibus occurrit, ita omnia expediemus facillime, si in omnibus nobis proponemus eam rationem juris, quam dixi: in qua etiam omnia ad eam summam generum, quæ dixi, referri reperiemus.

VIII. Hæc de stipulatore, qui stipulatus est alteri. Altera pars inutilis hujus stipulationis pertinet ad eum, in quem stipulatio et pactio collata est. Hanc quoque dicebamus, et præcipue, inutilem esse stipulationem, huic ex stipulatione et cautione ulla nostra obligationem actionemve acquiri non posse. Non est hoc perpetuum. Interdum alii stipulantes paciscentesve illi actionem suo nomine acquirimus. Fit hoc dupliciter. Alias recta; nonnunquam obliqua via. Recta, cum stipulantes paciscentesve recta illi dari aut

(2) A. Fab. 33. *Err. Prag.* 9. *pag.* 442. Valet hæc stipulatio pactumve in persona patris perinde ac si sibi stipulatus *d. L.* 39. *l.* 56. *§.* 2. *V. O.* Non in persona filii, ut illi commodum vel actio quæratur, ne quidem patre mortuo, et ne quidem si pater contulerit stipulationem in tempus quo ipse erit mortuus, ut in specie *l.* 23. *de pact. dotal.* Ut nec tunc actionem habeant, nisi heredes sint. Quo casu eam et extraneus jure hereditario haberet; quia quisquis sibi stipulatur vel paciscitur, intelligitur etiam heredibus. *L.* 9. *de probat.* Ibid. refellit DD. quærentes, an si pater sibi et filiis stipuletur, acquiratur his obligatio ut filiis, pro viribus, an ut heredibus, pro hereditariis portionibus, si inæqualiter forte instituti, quia non licet stipulari filiis ita ut stipulatio consistat in eorum persona. Rectius autem Faber hoc loco, quam ad *L.* 21. *§.* 2. *de pact.* in verb. *ne a Titio petas*, ubi discrimen inter pacta et stipulationes quo ad hoc agnoscit, quia stipulationes contineat juris vinculum, pacta non nisi voluntatis. Et quia in pactis filii persona non habeatur pro patris persona, ut in stipulatione, cum in iis quæ facti sunt, fictioni locus non sit, ut et Hot. *ad d. L.* 21. *§.* 2. quia pacta, inquit, spectantur naturaliter, stipulatio civiliter. Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 23. *de pact. dotal.* ita: Aut factum confertur in personam filii, ut itinere, ire, agere licere, et nec patri est actio, ut sibi facere liceat, cum facere filium voluerit, id cujus rei capax est. Nec filio; quia si illi, esset et patri, ideoque nihil agitur *d. L.* 30. Aut jus, ut si pater stipuletur filio dari, et patri actio est perinde ac sibi stipulatus esset. Item si jus possessionis conferatur in personam filii, ut filio tradi, restitui, etc. Sed hæc ita si simpliciter stipulatus est filio. Nam si post mortem vel emancipationem filio actio est; non directa, quia initio in ejus persona non consistit, sed utilis. *L.* 45. *§.* 2. *de V. O.* item si ex caussa qua filio acquiri potest, videlicet castrensis peculii.

fieri, ipsa hac cautione nostra illi acquirimus, quo ille suo nomine agat. Obliqua via, cum prius facimus aliquid, quod per jus commune omnibus licet facere, ex quo deinde per consequentias illi actio acquiritur, cui cautum volumus.

IX. Recta stipulantibus nobis alteri, certæ sunt personæ, quibus ex ea stipulatione obligatio et actio suo nomine acquiratur, atque hactenus non aliter utilis sit stipulatio, quam si nobis ipsis stipulati essemus. Idemque in aliis omnibus pactionibus intelligendum est. Receptum hoc est in iis personis, quæ natura quidem sunt aliæ, ut dum his stipulamur, vere dicturi simus nos natura stipulari alteri; jure autem eadem nobiscum persona habentur: ut in his secundum verba definitionis propositæ, quæ alteri stipulari vetat, dici possit excipi eas personas a regula juris: re autem vera et regulæ sententia magis in his sit interpretatio regulæ, qua declaretur has personas ad regulam pertinere, dum his stipulantes, nobis ipsis stipulari videmur. Earum personarum tria sunt genera, totidemque eorum, quibus recta stipulando vel paciscendo actionem acquirimus. Primum genus est eorum, quorum in potestate sumus. Secundum heredum, et universi juris successorum. Tertium eorum, quorum in rebus administrationem, potestatemve aliquid gerendi jure commissam habemus.

X. Primi generis sunt, ut dixi, ii quorum in potestate sumus: cujus generis servi, et filiifamilias: illi in potestate domini; hi in potestate patris. De his certi juris constitutio hæc est: quod servus domino, filius (3) patri cujus in potestate est, stipulatur, utiliter stipulari, ut acquiratur stipulatio et actio domino et patri non aliter, quam si dominus paterve ipsi sibi stipulati essent. *d. L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *L. quodcumque*, 45. in pr. *D. de verb. obl.* §. *si quis alii*, §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* Id caussæ est, quod qui in aliena potestate sunt, potestatis jure his, quorum sunt in potestate, tam arcto vinculo junguntur, ut cum iis in rerum acquisitione eadem persona esse videantur. Unde et horum vox, patris vel domini vox; et quod idem est, iidem stipulantes paciscentesve patris vel domini voce loqui videri dicuntur. §. *ei vero*, §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Cui congruit, quod dicitur in *d. L. quodcumque*, 45. *de verb. oblig.* quodcumque isti stipulantur, perinde haberi, quasi ipsi quorum in potestate sunt, essent stipulati. Itaque nihil hic distinguimus in persona filii, quid is stipuletur patri. Quodcumque id erit, id patri acquiret, non tantum si in dando sit, sed etiam in faciendo, veluti, ut patri ire agere liceat. Et quidem ita in faciendo, ut quominus in personam suam conferre factum non possit, nihilominus patri acquirat. *d. L. quodcumque L. quod dicitur* in lin. *de verb. obl.* Quapropter etsi quid ex peculii sui castrensis aut adventicii caussa stipuletur patri, ei acquiret. Et merito: Nam cum filius dominus sit peculii castrensis, ut de eo statuere possit, ut velit: *Instit. quib. non est per. fac. test.* cum item sit dominus peculii adventicii hactenus, ut proprietatem alienare possit, consentiente patre. *L. ult.* §. *filiis autem*, *C. de bon. quæ lib.* potest hæc omnia patri donare. Ergo et patri hæc eadem stipulando acquirere, quia hæc stipulatio interponitur donandi caussa. Quod si interponetur ex alia caussa vel obligatione præcedente, tanto justius patri inde acquiri debet actio. Si quid hic videatur contrarii ex §. *ei vero*, *Inst. de inut. stip.* et §. 1. *Inst. de stip. ser.* hujus interpretatio petetur ex commentariis ad *d.* §. *alteri*, *L. stipulatio ista*. Eadem illa ratio facit, ut quanvis, vetante domino, servus; patre, filius stipulati sint; nihilominus obligent domino patrive promissorem. *L. servus vetante*. Ubi ratio hujus juris pluribus a me exposita est. *D. de verbor. oblig.* Servorum nostrorum loco sunt, qui bona fide a nobis possidentur, item ii in quibus usumfructum habemus. Nam et quod per hos acquiritur, nobis acquiritur: duabus tamen tantum ex caussis, si quid acquirunt ex re nostra, aut si quid ex operis suis. Quare et si quid isti ex his caussis nobis stipulati sint, nobis obligationem acquirent. §. *de his*, §. *idem placet*, *Instit. per quas pers. nobis. acq.* Et horum omnium stipulatio argumentum est. *Tit. de stip. ser. D.*

XI. In secundo genere sunt heredes (4). Heredi nostro stipulando, et paciscendo quidvis acquirimus etiam quod in persona nostra non constiterit. *L. stipulatio ista*, §. *si quis*

(3) Sive impersonalis sit loquutio, sive in personam filii (ex gr. Promittis mihi quod patri dabis) sive in patris personam (ut Promittis patri quod illi dabis:) concepta. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 1.

(4) Non item legatario, vid. Fachin. 6. *Contr.* 71. Nec si cavero alteri extraneo, obligatio per id convalescit, si is postea mihi heres *L.* 17. §. 4. *de pact.* ubi ratio (et in *L.* 29. *de R. J.* ubi P. Fab.) Quem locum insignem notat Hot. *in d.* §. 4. in pactis statum personarum spectari tempore pactionis.

ita, *D. de verbor. obligat. L. cujus*, *D. de pact.* Merito, et quidem secundum regulam ipsam superiorem juris, si quidem quæ sit alia, aut eadem persona, ex juris interpretatione, non ex natura spectamus. Nam heres propter jus quo succedit in locum ac veluti personam defuncti, jure civili existimatur eadem persona esse cum defuncto. *Novel. de jur. a mor. præst.* Qua ratione fit, ut dum quis stipulatur heredi suo, ideo valere debeat stipulatio juxta regulam, quia videatur hoc modo stipulari sibi, non alii. Sed hoc loco pleræque dubitationes exortæ sunt veteribus, de quibus juris quod mihi videatur esse de singulis, hic breviter et nude proponam tantum, ut quæstiones ipsæ, et de his juris sententiæ summæ notæ esse possint. Difficultates ipsas, quæ in singulis partibus incidunt, ambigendi statuendique caussas non attingam, quia diligenter et fuse tractatas, et ut contido explicatas legere est in commentariis nostris ad *d. §. alteri*, *L. stipulatio ista.* Ergo in hoc genere pactionum quibus cavemus heredibus nostris, nulla dubitatio est, quin recte quisque stipuletur heredi, si quis, adjecta persona sua, stipulatur quoque heredibus, hoc modo; mihi heredique meo dabis? *d. L. stipulatio*, 38. *§. suæ*, *D. de verb. obl.* Sic enim fit, ut vere dicatur id caveri heredibus et successoribus, ubi his id acquiritur, quod in persona defuncti prius constitit. Quod est proprium hereditatis, et heredum. *L. hereditas*, *D. de reg. jur.* At finge aliquid horum deesse, ut vel sibi quis non stipuletur, sed tantum heredi; vel stipulatur sibi quidem et heredi, sed ex pluribus heredibus uni tantum, non cæteris Oritur dubitatio, an valeat stipulatio, et si in unius tantum persona valeat, quantum ei acquiratur.

XII. Quæritur igitur primum, si quis, omissa persona sua, stipuletur solis heredibus, an valeat stipulatio, et heredibus inde quidquam acquiratur. Movet, quod nunquam hæc stipulatio fuit defuncti, quippe qui sibi quæsitum non voluit. Hereditatis autem et heredis appellatio non pertinet nisi ad ea quæ defuncti fuerint, cum is moritur. *d. L. hereditas. D. de reg. jur. L. nihil aliud*, *D. de verbor. signific.* Et certi juris est etiam solis heredibus nostris stipulari et cavere licere, ut obligatio et actio ab heredibus incipiat, quæ in persona defuncti proprie non constitit. Hoc jus si ante fuisset dubium, cœpit esse certum lege Justiniani, qua constitutum est, ut actiones ab heredibus et contra heredes incipiant. *L. unica C. ut act. ab hered. et contr. hered.* Et vero hoc ita statui oportuit, si heres eadem persona est cum defuncto. Hoc enim admisso, non erit periculum, ne videatur stipulatio et obligatio non constitisse in persona defuncti, atque ita non posse venire ad alios successionis jure. Satis enim videtur sibi stipulatus in persona heredum, qui stipulatus est heredibus, si quidem, ut dixi, iidem sunt cum stipulante defuncto. Atque ut forte desit hæc ratio, tamen satis videtur fuisse in defuncto, quod ab ejus persona transiret ad heredes successionis jure. Nam hujus obligationis prima caussa in stipulatione et opera defuncti fuit. Hujus operæ et facti successio esse potest, dum ejus utilitas transfertur ad heredes. Hoc jus confirmavit evidentius Justinianus cum jussit utilem esse hanc stipulationem, si quis stipuletur post mortem suam sibi dari, *ead. L. unica*, *C. ut act. ab her. L. scrupulosam*, *C. de contr. stip.* Hujusmodi stipulatio et pactio omnia veteribus erat inutilis. *§. post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Et merito, si verba sequimur, quæ illi in obligatione verbis constante solum spectabant. Est enim ad verborum conceptionem impossibilis, cum mortuo mihi, cum amplius non ero in rebus humanis, dari nihil possit. Sed recte Justinianus hanc quoque stipulationem admisit, interpretatus contrahentium sententiam, quæ ex verbis colligitur, omissa subtilitate verborum. Atque hanc sic accepit, quasi stipulator stipulatus esset post mortem suam heredi suo dari. Defenditurque omnino hæc sententia ratione et conditione personæ, quam hic aperte confirmavit. Esto enim, stipulatus sit sibi dari, non heredi. Tamen heredi dando satisfit huic stipulationi, si quis eam ad superiorem conditionem et interpretationem juris revocet. Nam si heres eadem cum defuncto persona est, ut diximus, quod heredi datum erit; necesse erit ipsi stipulanti datum videri. Et nihilominus datur post mortem stipulantis re vera, quia non est heres quisquam, nisi defuncti heres: cum hereditas nihil aliud sit, nisi successio in jus defuncti. *d. L. hereditas. D. de reg. jur.*

XIII. Deinde quæritur, si forte plures futuri sint heredes, liceatne uni tantum cavere, ut huic acquiratur stipulatio, non cæteris. Et si quando licet, quantum huic acquiratur, totumne, quod defunctus illi stipulatus est, an tantum pro portione hereditaria. De quo hæc distinctio est veterum. Interest utrum quis uni heredi suo soli stipuletur, cum prius idem stipulatus non esset: an vero, adjuncta persona sua, ita stipuletur; mihi heredique meo Titio dabis? Si, omissa persona sua, stipulatur nomina-

tim Titio heredi suo; soli (5) Titio acquiretur, nihil cæteris: et acquiretur solidum quantum testator stipulatus est: non pro parte tantum. De acquirenda uni sic Celsus in *L. avus*, D. de pact. *heredi consuli concessum est*, inquit; *nec quidquam obstat uni tantum ex heredibus providere*: cæteris autem non consuli. Idem indicat *L. continuus*, 137. §. *ult. D. de verb. obl.* ubi ita scriptum est, cum quid dari stipulamur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri: sed necesse esse acquiri omnibus. Ergo si quid non sit necesse acquiri cæteris, quod defunctus stipulatus est, dicemus cum Celso nihil obstare, quominus possimus uni ex heredibus acquirere. At in proposito, quod defunctus uni tantum heredum stipulatus est, cum prius sibi stipulatus non esset, id non modo non est necesse acquiri cæteris, sed nec his potest acquiri. Non enim his acquireretur ex persona defuncti, qui sibi non est stipulatus: non ipsis ex persona sua, quibus nec defunctus stipulatus est, neque ipsi sibi. Ita fit, quod dixi, ut quod acquiri his non potest, soli ei, in quem stipulatio collata est, acquiratur. Quod si huic soli acquiritur, necesse est etiam ei acquiri solidum. Ubi non est metuendum, ne aliorum heredum concursu quidquam ei detrahatur, cum nulli alii in partem venturi sint. Et certe verum non est, posse nos uni ex heredibus acquirere stipulando, nisi totum quod stipulati sumus, huic ipsi possimus acquirere. At enim heres succedit in jus defuncti solum pro portione hereditaria. *L. heredes* §. *an ea*, *D. fam. erc.* Hoc ita est, ubi quod a defuncto profectum est, dividitur inter heredes. Nam quod divisionem non recipit, id pertinet in solidum ad singulos, quibus potest acquiri. *d.* §. *an ea.* Hic autem agimus de eo, quod non dividitur inter heredes, cum eo dicamus nihil ad cæteros pertinere.

XIV. Quod si quis personæ unius heredis etiam suam adjunxerit, hoc modo; mihi, heredique meo Titio dari; referri hic quoque putandum est utrum stipulatio in dando sit, an in faciendo: ut si in dando, frustra uni caveatur, sed necesse sit acquiri (6) omnibus heredibus: si in faciendo, recte unius persona comprehendatur, quo ei tantum acquiratur. Exstat hæc distinctio in *L. continuus*, 137. §. *ult. D. de verbor. obl.* Habet autem hanc rationem. Nam cum quis sibi dari prius stipulatus est, quæsita est ei obligatio et actio. Eam cum habuerit, necesse est, eo mortuo, heredes omnes in id jus succedere, sive his nominatim idem cautum sit, sive non sit, quia heres hoc ipso, quod heres est, succedit in universum jus defuncti *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* Hoc tamen ita, nisi id quod habuit defunctus, jus personale fuerit. Id enim jus ad heredes non transit. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Tale autem est, cum factum stipulatione continetur. Ut si stipuletur quis sibi ire agere licere. §. *sed cum factum*, *Inst. de stipul. ser.* Unde eveniet, ut si quis idem stipulatus fuerit sibi, heredique suo Titio ire agere licere, hic stipulatio acquiratur Titio, cui nominatim cautum est, quia liceat heredi cavere etiam id, quod in persona defuncti consistere non potuit. *L. stipulatio ista*, 38. §. *si quis ita D. de verb. obl.* At non potest acquiri cæteris; quia neque testator his nominatim cavit, neque jure hereditario ad eos transire potest stipulatio defuncto quæsita, quia in facto personali fuerit et ipsa personalis. Quod genus ad heredes non transire diximus. Neque hoc jus mutat Justiniani constitutio, qua cautum est, ut non minus ad heredem transeat stipulatio, quæ in faciendo est, quam quæ in dando. *L. veteris*, *C. de contr. stip.* Hoc enim non simpliciter constituit Justinianus, sed his casibus duobus, si aut sibi simpliciter quis stipuletur, nulla facta heredum mentione, aut si stipuletur sibi et heredibus, sed heredibus ex æquo omnibus. Ex quo intelligimus, si quis stipuletur sibi quid fieri, et nominatim uni tantum ex heredibus jus antiquum esse, quod in hac specie mutatum non sit superiore constitutione: ut scilicet stipulatio ad cæteros heredes non transeat. Et merito; voluntas enim stipulatoris cum natura rei concurrens personalem fecit stipulationem, dum certis personis id factum voluit contineri. Hæc, ut dixi, stricta 12. tabb.

(5) Diss. Cujac. ad *d. L.* 33. *de pact.* et ad *d. L.* 137. *de V. O.* putans, quia pacta facti sunt, pacisci uni heredum licere *d. L.* 33. stipulari non item *d. L.* 137. §. *ult.* quia obligatio, quæ a defuncto cœpit, necessario ex 12. tabb. inter heredes dividitur; nec potest valere pactum de constituenda obligatione *in unum heredum*, quia est contra 12. tabb. Aliter Bron. 1. *Ass.* 37. vid. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 15.

(6) Nec coguntur coheredes suas partes, quas acceperunt, restituere heredi nominato Familiæ erciscundæ judicio, quia solemnia requisita in ultima voluntate absunt; Gomez. *d. n.* 15.

etim, ac velut summa sequens fastigia rerum. Cætera huc pertinentia ex commentario ad *d. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, peti possunt.

XV. Tertium genus eorum, quibus recta utiliter stipulari et cavere possumus, diximus esse eorum, quorum in rebus (7) administrationem, potestatemve aliquid gerendi jure commissam habemus. Qui hanc potestatem habent, hi sunt: tutor, curator, actor civitatis seu syndicus, magistratus quibusdam in caussis, item procurator militis. De tutore, et curatore constat. Actoris civitatis seu syndici idem munus est. *L. ult.* §. *defensores*, *D. de mun.* Et his pro ea potestate cavendi jus est, obligationis acquirendæ dominis ipsis quorum res administrant. De quibus ita traditur in *L. cum qui*, §. *si actori*, *D. de pec. const.* si actor civitati, tutor pupillo, curator adolescenti dari paciscatur, utilitatis gratia dandam municipibus, vel pupillo, vel adolescenti utilem actionem. Hoc ideo, quia isti dominis paciscentes sibi ipsis quodammodo pacisci et cavere intelliguntur. Sunt enim et ipsi pro dominis in rerum administratione, ut de tutore traditum est in *L. tutor qui tutelam*, *D. de adm. tutor. L. qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro empt.* Qua ratione fit, ut dominus domino cavere videatur, atque ita dominus sibi. Hoc autem maxime secundum regulam, qua licet unicuique sibi ipsi cavere. Et tamen quia tutor, curator, actor municipum domini non sunt re vera, sed tantum pro dominis habentur; eo fit, ut dum hi paciscuntur veris dominis, ipsi non veri domini: atque ita paciscuntur aliis personis, placet istis personis non acquiri directam actionem, sed tantum utilem, ut supra retulimus ex *d. L. cum qui*, §. *si actori*, *de pec. const.*

XVI. Eadem cura et administratio magistratui commissa est, sed in persona tantum pupilli, neque hæc passim, sed duabus tantum in caussis satisdationem apud magistratum pro pupillo exigentibus; cum pupillo tutor datur cum satisdatione, et cum pupillus arrogatur. In tutore dando magistratus est satisdationem exigere a tutore, quibus in caussis hanc ab eo præstari oportet. *L. 1.* §. *si magistratus*, §. *exigere*. *D. de magistrat. conven.* Hic curabit magistratus, ut quam tutissime interponatur, quo inde acquiratur pupillo actio. Itaque si pupillus præsens erit, fari potest, intelligitque quod agitur, stipulabitur ipse sibi. Si res per eum transigi non potest, adhibebitur ejus servus, qui domino stipulando, ipsi acquirat. Si nec pupillo servus erit, hic datum est magistratui, hujus rei expediendæ caussa, ut possit pupillo cavere, vel per se, dum ipsemet stipulatur a tutore rem pupillo salvam fore, vel si ad dignitatem suam pertinere existimat, per alium, dum adhibet servum publicum; vel si videtur, quemvis alium liberum hominem, qui idem stipuletur pupillo, eritque ex ea stipulatione pupillo actio suo nomine quandoque finita tutela. Hæc in *L. 2. 3. 4. D. rem. pup. salv. for.* Sed quod in cautione tutorum, et curatorum, idem in hac stipulatione per magistratum interposita, hoc receptum est, ut utilis tantum actio acquiratur pupillo, non directa. Nam et in hac caussa, magistratus pro domino est, non vere dominus. *d. L. 4. D. rem pup. salv. for.* In arrogatione impuberis similes quædam satisdatio magistratui, apud quem arrogatio peragitur, exigenda commissa est: cavet enim arrogator se, si impubes decesserit, restituturum ea, quæ ex bonis impuberis consecutus fuerit, illis ad quos res perventura esset, si arrogatus permansisset in suo statu. *L. non aliter*, *L. hæc autem*, *D. de adopt.* Stipulationem hanc interponi curabit magistratus eodem modo; quo supra, ut si pupillus stipulari non potest, nec servum præsentem habet, qui stipuletur, magistratus, cui ea cura rescripto principis mandata est, aut stipuletur ipse, aut alium adhibeat, qui stipuletur iis, ad quos res impuberis perventura est. Unde et his actio utilis. *d. L. non aliter*, *D. de adopt.* Procurator militis favore militis in eadem caussa cum tutore habetur, ut scilicet stipulans aut paciscens militi domino suo, similiter ei utilem actionem acquirat. *L. si pecuniam*, *D. si cer. pet.*

XVII. Extra has (8) personas superioribus generibus comprehensas, ut nulli sunt, qui stipulantes paciscentesve aliis, eadem persona cum his habeantur, ita placet nullos esse, qui stipulantes paciscentesve alteri, ei obligationem aut actionem ullam acquirant. De directa actione convenit inter o-

(7) Vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 5. A. Fab. 1. *Jurisp.* 12. *Princ.* 6. *Illat.* 33.

(8) Tametsi 20. in universum hujus regulæ exceptiones habeat Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. inter quas et illa *n.* 19. quod Ecclesiæ, pauperibus, et piis locis quivis stipulare possit; de quo et Tiraquellus non omnino admittens privilegium piæ caussæ 114. Sed si obligatio est, opinor, ea ex pollicitatione unius, etsi nemo stipuletur. Et aliæ exceptiones auctoritate magis quam legum fundamentis aut certis rationibus nituntur.

mnes, hanc illi ex ejusmodi pactione non acquiri. De utili vulgo ambigitur, nec dubitant hanc multis in caussis admittere. Non recte. Quin ita statuemus, extra personas supra scriptas quæ stipulentur aliis, quisquis erit, qui stipuletur, nullam hinc actionem ne utilem quidem alteri acquiri. Satis id probant regulæ juris de hac re traditæ, quibus in hujusmodi stipulationibus et pactionibus alias inutilem actum effici traditur, alias nihil agi. *L. quæcumque gerimus, D. de obl. et act.* §. *si quis alii, Inst. de inut. stipul.* Non est inutilis pactio, si ei cui paciscimur, acquiritur inde actio saltem utilis. Quin potius utilis non minus, quam si inde directa competeret. Utraque enim actio ad id consequendum, quod volumus, ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum, ut est in *L. actio, D. de neg. gest.* Qua ratione recte dicetur ex pactione aliquid agi; atque adeo idem, quod directa actione inde constituta. Sed res fit evidentior exemplis propositis earum personarum, quæ propter conjunctionem inter ipsas jure constitutam videntur maxime præter cæteras aliis conjunctis acquirere non dico potuisse, sed debuisse. Nunc autem ita jus esse reperiemus, ut ex iis, a quibus propter istam conjunctionem summa ratio aliis acquirendi jure constituta est; nemo tamen alicui ex ejusmodi personis paciscendo stipulandove actionem acquirat vel utilem. Non acquirit procurator domino. *L. 1. C. per quas pers. L. eum qui,* §. *Julianus,* juncto, §. *si actori, D. de const. pec.* Non 9) libertus patrono. *L. si ita stipulatus,* 126. §. *Chrysogonus, D. de verb. obl.* Non filia aut filius matri patrive, cujus non est in potestate. *L. inter.* §. *filia, D. fam. erc.* Non (10) mater filiæ. *L. pactum, C. de pact. con.* Non (11) pater filio. *L. si genero, C. de jur. dot. L. quod dicitur,* 86. *D. d. de verb. obl.* Quod si hi supra scriptis personis eo vinculo quod videmus, ita conjunctis ne utilem quidem actionem iis paciscendo acquirunt: dubitari non debet, quin multo minus hanc acquisiturus sit extraneus extraneo quavis pactione.

XVIII. Sed hoc ita est, si quis recta alteri dari, fieri stipuletur, paciscatur, in quam sententiam regulæ juris superiores conceptæ sunt. Cæterum obliqua via interdum res eo deducitur, ne offendatur regula juris, et nihilominus per consequentiam alteri conventione nostra obligatio et actio acquiratur. Hanc viam duplicem esse animadverto. Una est propria mutui: altera, quæ valeat in aliis caussis.

XIX. In mutuo hæc sententia jure recepta est, si nummos meos tuo nomine dem mutuos velut tuos, absente te et ignorante, acquiri tibi condictionem. *L. certi,* §. *si nummos, D. si cert. pet.* Quippe hic fit a me ab initio, quod per regulas juris licet mihi facere: quo facto ad istam condictionem tibi acquirendam eodem jure permittente pervenitur. Nam primo cum do nummos meos alteri tuo nomine, hic jam ab initio videor (12) possessionem nummorum meorum in te transferre, dum constituo tuo nomine possidere. *L. quod meo, D. de acq. poss.* Hoc modo etiam per possessionem dominium nummorum in te transfero. *L. traditio,* §. *ult. D. de acq. rer. dom.* § *ex his. Inst. per quas pers. nob. acq.* Hinc sequitur condictio tanquam ex mutuo, quæ tibi optimo

(9) Ideoque nec vasallus domino, nec civis suæ civitati, licet quidam contra velint, eo quod patria sit major parens; nec subditus etiam ratione jurisdictionis, Gœd. *de Contr. stip. C.* 10. *n.* 2. *et seqq.* Vasq. *d. C.* 58. *num.* 1.

(10) Quam legem non de emancipatis loqui, sed de naturalibus, ante contractum matrimonium ex ea muliere conceptis, contendit Muret. *Obs. juris* 6.

(11) Diss. quoque Hot. 4. *Obs.* 8. Cujac. 7. *ad Afr. ad L.* 23. *de dotal.* volens filio emancipato indistincte, sive factum, sive jus in eum conferatur, sive simpliciter, sive post mortem, sive ex caussa castrensis peculii, sive extra eam, posse per partem parari actionem utilem, uti et per avum maternum nepti *L.* 45. *sol. matr.* et per patruum filio fratri, *L. cum quis* 37. §. 5. *de leg.* 3. per matrem filio *L.* 26. *pr. Depos.* Idque dare affectioni et voto parentum, ac qui illorum loco. Non itidem viceversa dari hoc affectioni liberorum, *L.* 59. §. *ult. ad Treb. L.* 26. §. 4. *de pact. dotal.* Sed contrarium firmat A. Fab. 1. *Conject.* 4. *et* 19. *Conject.* 17. et 2. *seqq. et* 33. *Err. Prag.* 9. *et* 10. Minus autem fratri, quis aut amico stipulari poterit, licet dissentiat Tiraq. *de Pœn. temper. Ca.* 22. *n.* 14. *et seqq.* De quo vid. *C. præced. N.* 1.

(12) Ita et noster ad *d. L.* 9. §. 8. *n.* 2. et ad *L.* 2. *C. per quas pers.* Idque Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 13. *seq.* non speciale esse scribit in mutuo, sed in quovis contractu, in quo intervenit numeratio per actum naturalem et corporeum *L.* 6. *C. de Cond. ind. et simil.* (de quo et Andr. ab Exea *Lib. Pactor. n.* 129) Et *n.* 15. idem obtinere si nummi illius sint cujus nomine alter illos cedit, *L.* 4. *C. si certe pet.* ubi licet videatur ratio dubitationis nulla, cum una tantum ratio videatur abnormis, in priori autem casu duæ, re tamen rectius perpensa non levem esse ostendit, quæ ex illo petenda. Andr. Clud. *de Condict. C.* 2. *n.* 35. *et seqq.*

jure acquiratur. Nam cum nummi tui facti sint, res ostendit perinde esse, quasi ipse per me nummos tuos mutuos dedisses. Quod si factum esset, nemo dubitaret, quin ex tua numeratione tibi acquireretur condictio. Idem igitur et in hac caussa fieri intelligendum est. Hoc vero maxime secundum regulas juris. Sic enim non ego tibi acquiro, sed tu tibi mutuum per me dando. Quapropter si proprie loqui volumus, reperiemus in hac specie tibi per me ullam actionem non acquiri, sive spectemus, quod fit a me principaliter, sive id quod fit per consequentiam. Dum in eo, quod facio principaliter, tibi possessionem nummorum meorum acquiro, et per hanc dominium, non autem ullam actionem. In eo autem quod sequitur, ita tibi acquiritur condictio, ut eam facto tuo et numeratione tibi acquiras, non ego tibi. Qua ratione non male fit, si quis hic in hac specie exceptionem ullam superioris regulæ non agnoscat. Verumtamen quia hic conditionis tibi quæsitæ origo et caussa tibi a me illa datione mea nata est; non absurde dici potest, his factis inter se conjunctis, meo scilicet dominium in re transferentis, et tuo per me mutuum velut dantis, videri tibi condictionem per me quæsitam. Sic tamen, ut obliqua illa via tibi acquirendi hic agnoscatur, non illa recta, qua alteri stipulando aut paciscendo sola hac pactione nostra illi acquirimus.

XX. Aliis in caussis obliqua ad acquirendam alteri actionem, via hæc est jure cognita, cum quis recta stipulatur paciscitur-ve sibi dari, aut fieri, quo et sibi eadem opera actionem acquirit secundum regulas juris, sed simul id agit, ut illud ipsum quod sibi pactus erat, præstetur alii. Quo (13) nomine interdum placet illi alii actionem dari: sed ita, ut apud paciscentem sit in eam rem directa actio recta jure illi quæsita, quæ deinde ab eo transferatur ad alterum, cui cautum est, ut sit apud eum non directa, sed utilis.

XXI. Receptum hoc est aliter in stipulatione et pactione procuratoris sibi paciscentis; aliter in pactione extranei, qui procurator non sit.

XXII. Procurator rem domini gerens si stipuletur quid sibi dari, recte stipulatur, quia et sibi directam actionem acquirit. *L. in caussæ. §. ult.* et *L. seq. D. de proc.* sed placet interdum domino utilem actionem eo nomine dari adversus promissorem, sine alia aperta conventione procuratoris, tantum ideo quia hoc animo est, ut hanc actionem transferat ad dominum, cujus nomine et mandatu rem gerit. Non tamen passim id receptum, sed tribus in caussis. Una, si stipuletur sibi dari ex re domini; ut, si fundo domini vendito pretium stipuletur sibi dari ab emptore. *L. quod procurator, D. de proc.* Huc pertinent exempla *L. in caussæ* (14) *§. ult.* cum *L. seq. D. de procur.* Altera, si præsente domino, rem ejus gerens stipuletur, quanvis non ex re ejus. *L.* (15) *si procuratori*, 79. *D. de verbor. obl.* Tertia, si res et utilitas (16) exigere videatur, ut detur domino actio utilis, quanvis procurator neque ex re domini, neque domino præsente stipulatus fuerit. *L. damni, §. ult. D. de damn. infect. L.* 5. *D. de præt. stipulat.* Res et utilitas id exigere videntur, si res domino aliter salva esse non possit, quam si detur ei utilis adversus promissorem actio. Quod fit, si procurator absit peregre, ut non possit actionem quam habet, domino cedere; aut præsens neget se cedere, et solvendo non sit. Hæc actio ista conditione recepta est; primum ex contractu institoris, et data domino qui præposuit,

(13) Si autem alteri tantum stipuletur nec actio utilis. Requiritur enim ut ab initio stipulatio constiterit, saltem in persona stipulantis. Ubi autem domino soli Procurator stipulatus, neque constitit unquam in persona domini nec procuratoris. Don. noster *ad L. 1. C. per quas pers. n.* 19. *et seqq.*

(14) Ubi tamen *d. §. ult.* vers. ult. *et licet etc.* Triboniano adsignat A. Fab 12. *Conject.* 4. et audacius totam eam §. *in rational. ad d. L.* 27.

(15) Cujac. quidem ad d. *L.* 79. *de V. O.* conjunctim requirit ut et domino præsente et ex re illius stipuletur; sed interpretatio ea neque *d. L.* 79. neque *d. L.* 68. *de Proc.* convenit A. Fab. *ad d. L.* 68.

(16) A Fab. *ad d. L.* 68. excipit stipulationes prætorias, quæ interponuntur non tam ut novum jus acquiratur, quam ut vetus conservetur. Rob. 2. *Rec. Lect.* 4. distinguit inter Procuratores veros, qui nec mandanti stipulari possunt *L.* 1. *C. per quas pers. L.* 11. *§. pen. de pig. act.* ex dicta regula *alteri stipulari non licet.* Nec aliter, ait, hi negocium gerere possunt, quam in suam personam id conferendo *L.* 5. *§.* 6. *de const. pec. L.* 1. *C. de sent. et interloc.* nec obligatio aliter quam cessione in mandatum transit *L.* 8. *§. ult. Mand.* Et eos, per quos, quasi internuncios ac ministros negotium ipsi gerimus, nudum illis ministerium præbentibus, qui et procuratores vocantur, licet minus proprie *L.* 43. *§.* 1. *de furt.* Ac per hos nobis acquiri potest obligatio *d. L. §. ult. L.* 14. *§. ult.* et *L. seq. de pec. const. L. si ancor* 21. *pr. de pig.* Vide et de obligatione per Procuratorem quæsita, Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 18. Pac. 2. Q. 35.

adversus eum, qui cum institore contraxit. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. de instit. act.* post deinde hujus exemplo translata ad contractus procurator eadem ista conditione, ut indicat *L. Iulionus*, §. *si procurator, D. de act. empt. d. L.* 5. *D. de praet. stipulat.*

XXIII. Alius extraneus si quid contrahat alterius nomine, hæc quidem prima via est, alteri inde utilem actionem acquirendi, si prius ipse qui contrahit, sibi actionem directam acquirat de eo præstando, de quo inter contrahentes actum est, eamque actionem velit in alium transferri. Sed hæc conditio sola non est satis. Amplius duo hæc exigimus; primum ejus, qui alteri quæsitum vult, apertam conventionem de re illi alteri præstanda; deinde caussam contrahendi ejusmodi, in qua quis det rem suam, aut a se profectam, ea lege, ut qui accepit, alteri restituat. In hac vero caussa et pactione omni placet ei, qui ita dedit, actionem primo acquiri de re sua repetenda, sed hanc directam: ei autem extraneo cui convenit ut restitueretur, benignitatis caussa utilem. Cujus sententiæ exempla hi loci suppeditabunt. *L. penult. C. ad exh. L. quoties, C. de donat. quæ sub mod. L. si cum venderet, D. de pignor. act. L. pater. C. de pact. convent. L. Cajus, D. sol. matrim.* quorum exemplorum si quis sententiam et rationem pluribus requirit, hanc commentarii nostri de hac parte expedient; ad *d. L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri. de verb. obligat.*

CAP. XVIII.

Stipulationem in alterius personam duas ad res utiliter conferri posse. Ad potestatem ei solvendi; et Ad actionem ei retinendam. Sed et eam, quæ ad acquirendam alteri actionem collata est, pœnali stipulatione subjecta, oblique confirmari posse.

Nexus, et continuatio. I.
Stipulatio collata in alterum, etsi in eo ut illi acquiritur inutilis: ad duas tamen res utilis esse potest; et quæ sint. II.
1. *Ad solutionem, si conceptio verborum facta disjunctim; ut mihi aut Titio dare spondes; secus si conjunctim facta: et quare.* III. V.
Varias de solutione quæstiones quo loco tractabit auctor. IV.
2. *Ad retentionem actionis, quam alioquin sine stipulatione nostra amissurus erat. Species illustris ex* L. 13. D. de pign. act. *proponitur.* VI.
Item pœnæ adjectione utilis stipulatio comparata alteri; et quomodo. VII.
Contrariis occurritur. VIII. IX.
Pœnalis stipulatio non ideo inutilis, quod inutili accedat; sed ita demum talis, si suo et proprio vitio laboret. Vitia hujusmodi tria, et quæ. X.
Interdum ex mente contrahentium pœna licet commissa non exigitur; et quo in casu, seu specie. XI.

I. His exceptis tum personis, tum caussis, manebit regula juris certi, stipulatione aut conventione nostra alii obligationem aut actionem quæri non posse: neque principaliter, dum ei dari fieri ve recta paciscimur; neque per consequentiam, dum actionem contractu nostro prius nobis quæsitam volumus ad eum transferri.

II. Quid ergo omnis pactio et stipulatio in aliquem collata, quo ei detur quid aut fiat, erit inutilis? Non hoc eam significationem habet. Potest enim alio spectare conventio, quam ut acquiratur alteri. Quod sane regula superior non prohibet. Et quanvis simpliciter dictum sit, alteri stipulari neminem posse. §. *alteri, Instit. de inut. stipulat. L. stipulatio ista*, §. *alteri, D. de verbor obligat.* meminisse tamen oportet, et in eo versata est superior tractatio, ita dictum esse, ut non liceat alteri stipulari, quo ei obligatio actiove acquiratur. Declarat id ratio superiori regulæ iisdem locis subjecta, dum ideo dicitur ita jus esse, quia inventæ sint stipulationes, ut unusquisque acquirat sibi qua interest, non alteri. Declarant regulæ juris aliis verbis de eadem re traditæ: ut, cum dicitur neque stipulari, neque vendere, emere, contrahere, ut alter suo nomine agat, nos posse. *L. quæcumque gerimus, D. de oblig. et act.* Item, cum dicitur per liberam personam quæ juri nostro subjecta non sit, nobis obligationem aut actionem quæri non posse. *L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus, D. de verb. oblig.* Ita in summa huc omnes superiores sententiæ redeunt, ut declaretur nulli alii nos cavere stipulatione aut conventione nostra posse, quo alteri quid inde acquiratur. Quaproter dum conventione nostra non acquiratur alteri, quominus stipulatio vel pactio in alterum collata pos-

sit esse utilis, regulæ juris supra scriptæ non sunt impedimento. Duas autem ad res potest spectare stipulatio et conventio in alterum collata, ut tamen inde nihil alii acquiratur; ad solutionem seu potestatem alteri solvendi, et ad actionem illi retinendam, quam sine pactione nostra erat amissurus. Ideo et ad has easdem res utilem conventionem esse placuit.

III. Extraneæ personæ seu alteri stipulando, solutio in eum conferri potest; id est solvendi illi potestas, dum stipulatione efficitur, ut quod stipulatori quis promiserat, possit solvere etiam illi extraneo. §. *plane, Inst. de inut. stipul.* Solutio in extraneam personam ita confertur, si ego mihi quid dari stipuler, et simul idem stipuler dari Titio (1) disjunctim, hoc modo: mihi aut Titio decem dare spondes? *d. §. plane.* Utilis stipulatio in utriusque persona. Primum in mea, quia mihi sum stipulatus dari. Quo facto et mihi in solida decem obligatio et actio quæsita est. Deinde in persona Titii, quia etsi non acquiritur ei obligatio, repugnante regula juris, quæ vetat stipulari alteri, quo ei acquiratur: tamen est aliquid, quo usque utiliter progredi possit hujus personæ adjectio; solutio videlicet, quæ in hujus (2) persona recte consistat. Hæc enim adjectio hoc efficit, ut licet promissor Titio dare non cogatur, at certe volens possit illi dare, id est solvere quod vere mihi soli debebat, idque stipulatione ipsa hoc illi concedente. Sic fit, ut remota obligatione in persona adjecti, relinquatur solvendi illi potestas, quam in alium conferri regulæ juris ut dixi, non prohibent. Hæc enim solutione in illum collata: nihil propterea ei acquiritur, ac ne solutio quidem, quæ in illum confertur. Nam promissor hanc potestatem solvendi nactus solvet ei, si volet; si non volt, non (3) cogitur. Sed etsi sua sponte Titio solverit; tamen ne sic quidem Titio quidquam ex stipulatione acquiri recte dixerimus. Hæc enim solutio illi nata est, non ex stipulatione; sed ex sola voluntate promissoris, cui liberum erat ita non solvere.

IV. Hac potestate Titio solvendi recepta, multa circa eam quæsita sunt hoc spectantia, quam longe pateat: ut, liceatne Titio solvere invito stipulatore; liceatne semper Titio; et utrum non tantum Titio, sed et ejus heredibus. Sed locus ad solutionem et liberationem promissoris pertinet. De quo in argumento *de solutionibus et liberationibus* dicendum est.

V. Non item confertur hæc solutio in extraneam personam Titii, si stipuler (4) mihi, et Titio decem dari conjunctim. Nam dum ita stipulor, quoniam decem solida mihi soli non sum stipulatus, eadem summa pluribus attributa pro numero personarum divisa intelligitur; ut ita videar quinque mihi stipulatus, et Titio quinque. *L. cui fundus, D. de cond. et dem. L. reos, §. 1. D. de duob. reis.* Quæ res facit; ut stipulatio in mea persona valeat tantum quinque; in persona autem Titii in altera (5) quinque sit inutilis et ad obligationem, et ad solutionem. Ad obligationem, quia hanc alteri quærere non potui, neque hac stipulatione, neque superiore. Ad solutionem; quia non id agitur, ut illi præstentur quinque mihi debita, sed ut nova quinque illi dentur. Quæ cum ne-

(1) Nec refert adjectus priori, an posteriori loco referatur: ut si dicam *Titio aut mihi*; quia alternativæ orationis natura parem in utroque vim constituit. Nec ordo scripturæ in stipulationibus tantopere attenditur, vid. Henr. Sverin. *Rep. Lect. C.* 4.

(2) Quia hæc adjectio est personalissima, inquit Vult. *in §. 4. I. de inut. stip. n.* 4. Facta enim non transeunt ad heredes, Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 3. et Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 20. addens quod adjectus æquiparatur mandatario. Mandatum vero morte finitur.

(3) Unde firmiter infertur verba illa, quæ instrumentis fere inseri solent: cive qui hanc syngrapham feret, si ex juris ratione magis quam ex opinionibus at usu judiciorum re æstimanda, non proficere illi tertio, qui ipse non contraxit: si syngrapham consequutus fuerit, ad hoc ut actione experiri et debitum exigere possit, non probata cessione actionis: sed tantum ut sponte illi solvens liberetur obligatione. Quia nec quidquam amplius vel expressa designatio ac nominatio, juris ratione inspecta, operaratur. Usu tamen probatum est ex illis verbis, quemvis agere posse. Cur. 1. *Conject. ad Viv.* 5. si instrumentum sit exsecutivum, possessori illius, omnia remedia, ipsi creditori prodita, parata esse, licet nec de titulo, nec de bona fide ipsius edoceatur, tradit Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *C.* 2. *n.* 63. *et seqq.*

(4) Conjunctio facit nos pares, disjunctio dispares. Solutioni potest applicari Titius quasi Procurator, non obligationi, quia nec agere, nec novare, nec acceptum ferre, nec fideicommissum pignusve accipere, nec ei nomine suo constitui potest, etc. Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 38. *pr. de solut.* vid. *infra Lib.* 16. *C.* 10.

(5) Secus si ita: Mihi decem et Titio decem. Tunc enim eadem decem repetita, *L.* 38. §. 18. *de V. O.* non quod tunc sola quinque stipulanti debeantur, ut Cujacius *ibid.* Sed ut Donellus noster *ibid.* ut promissori potestas sit solvendi illa decem Titio, et per id se liberandi, ut non necesse sit, cum Corasio et Charonda *ibid.* et Hot. 1. *Amic.* 24. alteram voculam *decem* delere.

que mihi, neque illi prius debita fuerint, solutio in ea cadere non potest. Quæ caussa fuit veteribus istas species ita distinguendi. Exstat distinctio in *§. plane*, et *§. quod si quis. seq. Inst. de inut. stip. L. cum quis sibi*, 55. *L. cum qui ita, D. de verb. obl.*

VI. Sed et alteri stipulari aut pacisci utiliter possumus, quanvis in eum non conferamus solutionem, si id agitur pactione, non ut ei acquiramus actionem, sed ut eam quam prius habuit, quam eamdem facto nostro amittere potuit, illi integram servemus. Quod accidit in specie hujusmodi. Propone creditorem jus pignoris exsequentem pignus suum vendere; sed hac lege, ut si debitor retulerit pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam. In hac specie respondet Ulpianus hac pactione fieri, ut debitor quandoque pecuniam referens rem suam possit vindicare, *L. si cum venderet, D. de pign. act.* Recte. Neque regula juris adversatur. Nihil enim hac pactione acquiritur debitori, sed quod prius erat ejus, ipsi retinetur. Nam ante venditionem pignoris, dominus fuit pignoris, eoque, et suo jure vindicationem habuit. *L. actionum. D. de oblig. et act.* Hanc illi actionem, uti et dominium rei adimere potuit creditor pignus distrahendo. Et auferret omnino, si simpliciter venderet. Sic enim absolute dominium transferret ad emptorem. *L. non est novum, D. de acquir. rer. domin.* Nunc autem creditor in ista distractione superiorem pactionem adjecit, ne a debitore dominum et vindicatio aliter recedat, quam si pretium non solvat emptori. Ita non acquiritur ei ista pactione vindicatio, sed non adimitur. Hoc vero quominus facere liceat, regula juris non prohibet; quandoquidem alteri acquiri vetat, nihil amplius.

VII. Sed etsi cum de acquirendo alteri agitur, manet immota regula juris, extra personas et caussas exceptas superiores, alteri pactione ulla nostra obligationem aut actionem quæri non posse: tamen quoniam sæpe et varie justis de caussis accidit, ut alteri a nobis caveri ad voluntatem et affectionem nostram pertineat, nonnunquam et ad utilitatem, quam satis probare non possumus; etiam in hanc partem inventa est a veteribus Jurisconsultis cautio, quæ ei incommodo mederetur, efficeretque ut quod jure consequi non possumus, ad id alia via perveniretur. Hæc cautio est in pœnæ adjectione, ut cum stipulati erimus alteri dari quanvis recta; tum deinde si ita factum non erit, ut comprehensum est, stipulemur pœnam. Hac stipulatione sic consequemur, ut detur aut fiat actori, quod illi stipulati fuimus. Nam si valet pœnæ stipulatio, non quidem propterea acquiretur alteri ulla actio ejus persequendi nomine, quod in stipulationem utramque deductum est: sed promissor metuet pœnam, si non dederit aut fecerit alteri, quod promiserat. Hujus incommodi metu non est dubium, quin si sibi consultum volet, malit omnino priori stipulationi parere. Quod si non facit, manebit pœna, quam utiliter exigamus. Hæc cautio est in *d. L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. obl. §. alteri, Inst. de inut. stip.*

VIII. Diceret aliquis, inutilem esse hanc stipulationem pœnæ. Quid enim, si nihil intersit nostra alteri dari aut fieri? An non est contra finem omnium conventionum binæ actionem esse, ad pœnam petendum, cum constet inventas esse stipulationes ut unusquisque acquirat, quod sua interest? Et vero alteri dari aut fieri nihil interesse nostra iisdem loci traditur. Quid si etiam triplo aut quadruplo plus comprehensum sit pœnæ stipulatione, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit? An non jus manifestum stipulationi obstabit, quod vetat promissorum ultra duplum periculum subire. *L. cum et forte, D. de act. empt. L. unica C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Et Ulpianus *ibidem* utrique isti dubitationi occurrens, ratione subjecta, ostendit nihil istorum obstare, quominus in hac specie pœnam utiliter stipulemur. *Pœnam enim*, inquit, *cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.* Bene ait conditionem hic inspici; ut significet, promissore alteri non dante aut faciente, quod promisit, jure certo effici, ut pœna promissa committatur, quanvis stipulantis non intersit. Quodcumque enim promittitur sub conditione, in ea caussa est, ut conditione exsistente debeatur. *L. a Titio, 108. D. de verb. obl.* Pœna autem promittitur sub conditione, non si intersit stipulantis, sed si promissor non dederit aut fecerit alteri quod se illi daturum facturumve promisit. Quare dum exstiterit hæc conditio, solum hoc inspici oportet, nec quidquam quærendum amplius ad pœnæ obligationem. Quod ait in pœna inspici, quæ sit, *conditione exsistente*, quantitas stipulationis, huc spectat, ut intelligatur quantacumque hæc promissa sit, si factum non sit, quod priore stipulatione comprehensum est, tantum deberi. Neque hic adversantur eæ leges, quæ vetant duplum ejus quod interest, conventione excedi. Quantumcumque est enim in pœnali stipulatione, quod promittitur, id simplum est per se consistens, non duplum,

triplum aut quadruplum alterius rei; cum ad id quod interest, aut alterum simplum pœnæ quantitas non referatur, ut doceni in *Lib. de eo quod interest*, circa fin. Illud notandum est, quod dicitur in pœna non illud inspici, quid intersit stipulantis, sic accipiendum esse, quid intersit stipulantis dari aut fieri alteri. Cæterum ut intersit ejus, pœnam promitti, etiam in pœna, ut in reliquis stipulationibus, exigimus. Sunt enim stipulationes omnes in hoc inventæ, ut acquirat quisque, quod sua interest. *d.* §. *alteri.* Id autem fit in pœna hoc ipso, quod quis pœnam sibi stipulatur, non alteri. Sic enim hanc sibi acquirit, et hactenus stipulatio illi est utilis.

IX. Sed ut bene se habeant cætera, tamen stipulationem pœnalem rejicere videtur sola inutilitas prioris stipulationis, cui subjicitur. Primum cum principalis caussa non consistit, placet nec consistere accessiones. *L. cum principalis*, *D. de reg. jur.* §. *fidejussores*. *Inst. de fid.* Pœnalis autem stipulatio præcedenti subjecta, illius prioris accessio videtur. Quo fit, ut priore inutili constituta, nec consistere possit pœnalis. Quod si hoc cuiquam incertius est, quia dictum generalius; licet in specie ipsa similium stipulationum aperte ita jus esse ostendere: ut quemadmodum ipsæ inutiles sunt, sic et stipulatio his subjecta sit inutilis. Stipulatio impossibilis inutilis est, veluti hominem mortuum dabis? Huic subjectam stipulationem pœnæ, si eum non dederis, placet eodem modo esse inutilem. *L. si homo*, 69. *D. de verb. obl.* Similiter inutilis stipulatio, quæ est turpis. Et huic subjecta pœnalis stipulatio inutilis. *L. stipulatio hoc modo concepta*, 61. *D. eod.* Quis dubitet igitur et huic stipulationi, Titio dabis, facies? subjectam pœnalem stipulationem, quia inutili subjecta est, et ipsam necesse esse inutilem? Sed nihil horum movere nos debet. Nam quod ad regulam juris attinet, quæ est de caussa principali, nihil hæc ad pœnam pertinet: quoniam pœnalis stipulatio non est (6) accessio prioris stipulationis. Argumento est, quod per se consistere potest hujusmodi stipulatio, si Titio non dederis, feceris, decem dabis? *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verb. obl.* Quæ per se valere potest stipulatio, ea non est omnino accessio ullius præcedentis. Nunquam enim accessoria obligatio esse potest sine principali. Exemplo est obligatio fidejussoria. §. *fidejussores*, *Inst. de fid.* Exempla autem superiorum caussarum longe sunt dissimilia. Non enim in his stipulatio pœnalis inutili subjecta ideo inutilis est, quia prior erat inutilis: sed quia pœnalis eodem vitio in sese laborabat. Impossibili enim subjecta et ipsa est impossibilis, ut ostendi ad *d. L. si homo*, 69. *de verb. obl.* Subjecta stipulationi turpi ipsa quoque est turpis, utpote delicti invitandi caussa subjecta. *d. L. stipulatio hoc modo*, 61. *D. eod.* Quod longe aliter fit, cum prius stipulor alteri quid dari aut fieri; et nisi dederis, feceris, stipulor pœnam. Nam illic stipulor alteri: in pœna stipulor mihi. Quæ res facit, ut hic priore vitio remoto contraria de caussa utilis esse debeat stipulatio.

X. Et generaliter de vi pœnalis stipulationis ita definiemus, nunquam stipulationem pœnalem præcedenti subjectam ideo inutilem esse, quia forte præcedens sit inutilis; sed tunc solum, cum ipsa per se proprio aliquo vitio et conditione sua laborabit. Quodcumque autem impedimentum id erit, inutilem fore stipulationem etiam si præcedens sit utilis. Tria sunt autem vitia in summa, quæ incurrere soleant interdum in stipulationem pœnalem, quæ et ipsa inu-

(6) Hopper. *Lib.* 3. πιθανῶν *pag.* 100. ita: Quando Lex probibet, subjecta stipulatio poenalis habet conditionem legibus improbatam et sic impossibilem. Hic autem non est conditio impossibilis, sed extra potestatem contrahentium. Non est contra legem, sed præter legem, quæ non vetat alteri stipulari, sed declarat secundum naturam fieri non posse, ut quis alteri obligationem acquirat. Sed Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 33. *et seq.* ita: Toties vitiata principali obligatione, non valet poenalis, quoties quæ ratio in illa probibenda vertitur, eadem in hac ut in *L.* 61. *de V. O.* Sed hic non est eadem ratio, verum ratio illius quod alteri dari mea non interest cessat in pœnali, qua agitur, ut mihi detur, tantumque interest, quanta est pœna. Sane in effectu hic unica est stipulatio, in solius stipulatoria persona consistens. Prior enim est posterioris conditio ut hæc ex illius eventu confirmetur, Gœd. *de Contr. stip. C.* 10. *Concl.* 3. *n.* 40. Quid si juramentum stipulationi alteri factæ accesserit? Confirmari eam volunt Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58. *n.* 16. Pantschman. *Lib.* 1. *Q.* 10. *n.* 61. Covar. *in C. quamvis de part. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 4. *n.* 17. Fachin. 3. *Contr.* 19. Sester. *Lib.* 2. *de Juram. C.* 13. quia juramenti non minor efficacia quam pœnæ adjectæ; quia naturalis obligatio hic adest (quod negandum, vid. *supra C.* 16. *n.* 1.) quia valet favore piæ caussæ; quia jus civile non reprobat hujusmodi stipulationem, sed tantum non adsistit, seu efficaciam denegat. Quis Deus, cui præstatur juramentum, partis præsentiam supplet. Quibus ego rationibus minime moveor.

idem stipulationem efficiant. Primum illud, si sit impossibilis. Quod fit, cum impossibili conventioni subjecta est, ut ante dixi. *d. L. si homo, de verb. obl.* Secundum, si sit turpis. Quod fit, cum subjicitur et ipsa turpi stipulationi, de quo et ante ostendi. *d. L. stipulatio hoc modo, D. eod.* Tertium, si utili obligationi pecuniæ dandæ subjecta sit ultra modum legitimum usurarum. Utputa, convenit, ut ad diem pretium solveretur venditori, quod si ad eum diem non solveretur, convenit, ut duplum præstaretur. Placet inutilem esse hanc conventionem pœnæ. In fraudem enim constitutionum videri adjectam, quod legitimam usuram excederet. *L. Julianus, §. ibidem, D. de act. empt.*

XI. Intendum et tacita conventione contrahentium fit, ne pœna quamvis summo jure commissa possit tamen exigi. Quod accidit, cum certum est nihil interesse stipulantis, atque adeo natura rei nihil interesse posse, ne ad affectionem quidem factum esse id, quod promissum erat. Ut, si stipulatus sim te sisti judicio certo die, et nisi stitisses, pœnam: tu autem non stiteris. Placet si post tres pluresve dies te sistas, et tecum agendi potestatem facias, nec meum jus acturi factum sit deterius; pœnam quidem ipso jure commissam, sed si petam, defendi te debere per exceptionem. *L. etsi post tres. D. si quis caut.* Scilicet quia apparet cautionem sistendi tui eo spectasse, non ut te viderem in judicio tantum, sed ut tecum possem judicio agere. Quare si licet post aliquot dies te sistente idem sine ullo damno facere, perspicuum est tacite id agi, ne quid præstes amplius. De quo scripsi in *Libro, de eo quod interest*, circa fin. et ad *L. si servum, 91, §. sequitur; numero* 12. in fin. *D. de verb. obl.* Idem licet animadvertere in specie. *L. 2. §. ult. D. de verb. obl.* ubi et annotavi.

CAP. XIX.

Ut a stipulatore stipulari alteri, quo ei acquiratur, inutile est; ita a promissore alium daturum facturumve inutiliter promitti. Sed huic vitio pœnali stipulatione, si alius non det aut faciat, subjecta occurri posse.

Præcipua altera lex in omni conventione promittenti imposita quæ. I.
Spondens pro altero daturum eum facturumve, non obligatur. Contrariis occurritur. II. III.
Ne in eo quidem, ut promittat curaturum se, ut alter quid det aut faciat. Objecta diluuntur. IV.
Nisi tamen qui alienum promittere videtur, factum potius suum promittat ex proposito contrahentium cujusmodi duplex stipulatio, seu promissio. V.
1. *Dominum rem ratam habiturum; Utilis hæc procuratoris stipulatio; et quatenus.* VI.
2. *Qua quis creditori constituit alium pro se fidejussorum. Hujus stipulationis interpretatio duplex. Utilis utroque sensu; et altero etiam superiori regulæ consentanea.* VII. VIII.
Stipulanti inutiliter alienum factum adjectione pœnæ cavetur adversus promissorem. IX.

I. Atque hæc de priore lege dicta sunt, quam in fine conventionis et contractus omnis jus statuit stipulanti, seu creditori futuro; estque hæc, sibi stipulari et pacisci licere: alteri quo ei acquiratur, non licere. Altera lex ad finem contractus pertinens attingit promissorem. Hanc autem esse diximus, si quis quid promittit, eum de se promittere debere daturum se facturumve: idem promittere de alio non posse. De quo hæ sunt sententiæ juris certi: si quis alium daturum facturumve id promiserit, eum non obligari. *§. si quis alium, Instit. de inut. stipulat.* Et, factum alienum inutiliter promitti. *L. stipulatio ista, §. 1. D. de verbor. obligation. L. sicut, D. de fid.*

II. Sed videbitur fortasse potius convenire regulis juris, ut dicamus eum qui factum alienum promisit, obligari debuisse. Nam de iis, quæ promittuntur, hæc item juris certi constitutio est: omnia quæ dari fierive possunt, utiliter in stipulatum et conventionem deduci. *L. si stipulor, D. de verbor. obligat.* At ut alius det aut faciat, quod eum daturum facturumve promisimus, ejusmodi est, ut facere et præstare per rerum naturam possimus. Exempli gratia. Si promiserim fabrum illum insulam tibi

ædificaturum certo loco, possum operas ejus conducere mercede, atque hoc modo consequi, ut tibi ædificet. Sed etsi promiserim Titium tibi daturum fundum Cornelianum: possum a Titio fundum illum redimere, atque ita efficere, ut fundum tibi det. Consequens erat igitur superiori constitutioni, utrumque horum utiliter a me promitti, quod in ea caussa est, ut possit a me præstari. Sed quod dicitur, quæ dari fierive possunt, utiliter in conventionem deduci, sic intelligendum est, si nihil aliud impediri, quam conditio rei promissæ. Nam si aliud impedit, æque inutilis stipulatio et conventio est, quæcumque res sit promissa. Hoc posito, de facto alieno respondeo, ac concedo, hoc promisso, non debere videri rem promittenti impossibilem promissam esse, ut (1) vulgo ad superiorem objectionem removendam hujus inutilitatis ratio redditur. Satis enim exempla superiora indicant, ut alius det aut faciat, a nobis aliquo modo obtineri posse. Sed cum hoc concessum fuerit, est aliud, quod obstet alieni facti promissioni. Sine quo cum regula superior incidat in reprehensionem, non abs re est, quod ejus juris ratio quæritur.

III. Ea autem est, quæ redditur a Paulo in *L. inter*, D. de verb. obl. *Alius pro alio promittens*, inquit, *daturum facturumve eum, non obligatur: quia inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur.* Unde intelligitur alterutrum ex his obligari debere, si negotium, idest obligationem contractam volumus. De stipulatore certum est non esse eum, qui obligetur, cum id agatur contra, ut ipse alium sibi obliget. Relinquitur igitur promissorem esse eum, quem obligari oporteat, qui remoto stipulatore solus est, cum quo negotium geritur. Atque hinc rursum sequitur ipsum de se promittere debere, non autem alium daturum facturumve. Nam inquit (quæ ejus assumptio esse debuerat) ut quis obligetur, de se quemque promittere oportet. Vera et certa ratio; sed quæ fiet certior, faciliusque se nobis probabit, si paulo pluribus explicata proposita fuerit, hoc modo. Omnis stipulatio et conventio dandi præstandive aliquid inutilis est, ex qua nemo obligetur: cum sint comparatæ omnes, ut aliquem nobis obligent. *Instit. de verb. obl.* At cum quis promittit alium daturum facturumve, his verbis nemo obligatur. Necesse est igitur omnem hujusmodi stipulationem et conventionem esse inutilem. Neminem obligari, cum quis alium daturum facturumve promittit, ita demonstratur. Aut enim hac promissione volumus alium obligari, aut eum qui promittit. Alium hac promissione promissor non obligat, quia alium contractu et facto suo obligare non potuit *L. 3. in fi. C. ne ux. pro mar.* Nemo enim ullo facto suo potest conditionem alterius facere deteriorem. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Rursum se hac promissione non obligat promissor, quia obligare (2) se noluit. Non enim promittit se daturum. Nullus autem contractus, nulla inde obligatio sine conventione et consensu. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Sed etsi quis eum velle obligari proponeret: tamen ideo his verbis non obligaretur stipulatione, quia verbis non cavit. Nulla autem stipulatio, nisi de re verbis comprehenda. *L. quidquid*, 99. *D. de verb. obl.* Et in summa, qui alium daturum facturumve promittit, alium non obligat prohibente jure: se non obligat, cessante voluntate, ut in simili re dicitur in *L. si genero, C. de jur. dot.* Quod si nemo hac conventione atque his verbis obligatur neque promissor ipse neque alius: redimus necessario ad superiorem complexionem, inutilem esse nimirum eam omnem conventionem. Neque hoc aliter probatum est a veteribus in his stipulationibus: alium sisti promittis, de qua in *L. quoties quis*, 81. *D. de verb. obl.* et, mihi rem emptam habere licere spondes, de qua in *L. stipulatio ista*, 38. *D. eod.* Etsi enim verbis prioris hoc promittitur fore, ut aliquis illum alium sistat, sive is promissor est, sive extraneus, sive ipse de quo sistendo agitur: etsi item verbis posterioris hoc continetur, mihi habere licere non tantum per te, heredemve tuum, sed etiam per omnes quanvis extraneos: tamen ad vim stipulationis hoc respondetur, quatenus promissor de se et facto suo spondet, stipulationem valere; quatenus spondet de alio, esse inutilem. Quæ Ulpiani disputatio est in *d. L. stipulatio ista*, in pr. et §. 1.

IV. Hic tamen ex dissidentibus in speciem locis oritur plerisque dubitatio, an

(1) Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 23. quem taxat ibid. Eman. Soarez. *in Annotat. num.* 18.

(2) Cujac. 12. *Obs.* 36. Si nihil de se aliquis promittat, jam non negocium cum eo gerimus, ideoque quasi ex negotio cum eo non contracto nulla adversus eum obligatio. Hinc apud Homer. *Odyss.* 8. Vulcanus Neptuno, promittenti Martem præstiturum quod deberet, non acquiescit, vid. Gæd. *de Contr. stip. C.* 6. *Concl.* 16.

non is qui promittit alium daturum facturumve, saltem obligetur, ut curet, quo ille det aut faciat: quasi videatur promissor superioribus verbis promisisse se hoc curaturum: ut si cura sua id obtinere potest, id præstet; si non præstet, hic demum non teneatur; quia impossibilium nulla sit obligatio. *L. impossibilium*, *D. de reg. jur.* Sed si recte definitur, eum qui alium daturum facturumve promittit, non obligari; item factum alienum promitti inutiliter, quibus verbis in hac re explicanda regulæ veterum conceptæ sunt: *d. §. si quis alium. Instit. de inut. stip. d. L. sicut. D. de fidejuss. d. L. stipulatio ista*, *§. 1. de verbor. obl.* planum fit, eum qui alienum factum promittit, nec promittere se curaturum, ut id fiat, nec ad eam rem obligari. Aliquid et promitteret factum suum, et promitteret utiliter, et obligaretur. Ut de eo qui promisit aperte se curaturum, ut alius det, diserte scriptum est in *d. §. si quis alium. Inst. de inut. stip. L. illa*, 67. *§. 1. D. de verb. obl.* Moventur nonnulli in contrariam sententiam *L. in illa*, 50. *D. eod.* ubi in hac stipulatione, *per te non fieri*, quominus mihi ire agere per fundum tuum liceat, placet non hoc significari tantum, nihil te facturum, quominus possis: sed etiam curaturum, ut facere possis. Sad certus error est, si quis in hac stipulatione *per te non fieri*, putat promitti factum alienum. Promissor promittit suum; nempe per se non futurum, quominus mihi ire agere liceat. Tantum quid his verbis contineatur, quæritur. Ulpianus ait his etiam illud significari, promissorem curaturum, ne alius me prohibeat. Recte ex verborum usu et proprietate. Nam per te non fieri, nihil aliud est veteribus, quam in te culpam non futuram, vel culpa tua factum non iri, quominus mihi liceat id, de quo cautum est. Ut eum dicitur per debitorem fieri, vel stare, quominus rem promissam det, quæ verba sunt usitata veteribus, ut in *L. si ex legati*. 23. *D. de verb. obl. L. quod te*, *D. si cert. pet.* nihil aliud significant veteres, quam culpa, aut mora debitoris fieri, quominus det. *L. si servum*, 91. *§. sequitur*, *D. de verb. obl. L. is qui*, *D. de obl. et act.* Jam vero culpa promissoris in proposita specie non tantum est, si ipse me impediat quominus eam agam: sed etiam si alios qui me impediunt, non prohibeat, si potest. *arg. L. nullum*, *D. de reg. jur.* Quare et hos quoque se quoad potest, prohibiturum, id est ubique factum suum promisisse intelligitur. Quod si qui sint, qui mihi obstent, quos ille prohibere non possit, quia extra culpam est, ideo placet nec eum eo nomine teneri: quia nec de his quidquam promiserit. *L. fluminum*, *§. quanquam*, *D. de dam. inf.* Quæ si ita sunt, rata est in omnes partes lex superior, si quis quid promittit, eum de se promittere debere: alium daturum facturumve si promittat, nullam hinc esse obligationem, ubi nec alius obligetur, quia non potest; nec promissor, quia non vult.

V. Quod tamen sic accipiendum est, nisi aliunde constet hoc sentire atque hoc agere contrahentes, ut sub alieni facti promissione promissor de suo promittere intelligantur. Quod in his duabus promissionibus receptum est, in stipulatione, rem ratam dominum habiturum, quam procurator alieno nomine agens cogitur initio exponere, cum de mandato domini non constat: et cum quis constituit Titium pro se fidejussurum apud creditorem.

VI. Qui promittit dominum rem ratam habiturum, aperte promittit alium facturum. Recepta tamen hæc stipulatio est citra controversiam, atque adeo inducta et edicto prætoris, quod exstat in *L. servum*, *§. ult. D. de proc.* ex qua et promissorem obligari placet in id quod stipulantis interest. *L. si commissa*, *L. si procurator*, *D. rem. rat. hab.* Nempe ideo quod cum sit prætoria, *d. L. servum*, *§. ult. de proc. L. 1. D. de præt. stip.* legem et interpretationem accipit de mente prætoris, qui eam proposuit, ut et reliquæ prætoriæ. *L. in conventionalibus*, 52. *D. de verb. obl.* Certum est autem mentem hanc esse prætoris in ea stipulatione proponenda, ut sit utilis: neque id fit, aliter, quam si id agatur, ut domino ratum non habente procurator præstet id, quod stipulantis interest. Quare etiam in hanc partem stipulationem valere oportet.

VII. Similiter et qui constituit creditori certam personam fidejussuram pro se, his verbis alium facturum constituit. In hoc tamen constitutio scriptum est in *L. qui autem*, *§. sed etsi quis*, *D. de pec. const.* debitorem nihilominus teneri. Hoc ideo, quod debitor de certa persona pro se fidejussura cavens creditori, verbis factum illius personæ, re autem vera promittit suum. Intelligitur enim hoc dicere, illam personam se daturum, quæ pro se fidejussebat. Hæc mens et sententia contrahentium liquet ex iis, quæ aguntur in hac fidejussione. Scimus enim debitorem de fidejussore pollicentem non id agere, ut alius fidejubeat, sed ut ipse det fidejussorem. Idque ipsum et creditor postulat, qui sibi cautum vult, fidejussore dato. Atque hæ præfationes sunt, quæ agitari solent priusquam ad superius

constitutum veniatur. Quapropter et ad hanc cogitationem constitutum sequens referendum est, et ex præfationibus interpretandum. Omninoque huc pertinet, quod placuit quæ in præfationibus concipiuntur, etiam in stipulationibus sequentibus repetita credi. *L. Titia*, 134. §. 1. *D. de verb. oblig.*

VIII. Dici etiam potest, et fortasse tutius et verius, ne hanc quidem stipulationem posteriorem excipi debere, magisque esse, ut pariter non valeat, quia conceptione ipsa factum alienum continet, juxta *L. sicut, inf. de fidejussor.* Nec contrarium probari in *L. qui autem*, §. *sed etsi*, *sup. de pec. const.* Sic enim *illic* Ulpiani verba sunt: *sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit.* Quæ verba fateor sic accipi posse, quasi dixisset, si quis constituerit fore, ut pro se certa persona fidejuberet his verbis: ille pro me fidejubebit, idque eum ita facturum tibi constituo. Sed possunt sic quoque accipi, quasi dixisset, si quis constituerit certam personam se daturum pro se fidejussuram, idest quæ pro se fidejussura sit, seu quæ pro se fidejubeat. Hoc vero accipi et usui juris auctorum, et menti Ulpiani est convenientius. Primum sic usus est loquendi veteribus in toto argumento *de pecunia constituta*, ut dicant aliquem vel pecuniam, vel quid aliud constituisse pro eo quod est, constituisse aliquem se pecuniam, vel quid aliud daturum, soluturum *L. 1. §. 1. §. an potest*, §. *ult. L.* 3. §. 1. *L. hactenus*, §. 1. *L. sed etsi*, seq. et passim, *sup. de pec. const.* atque hi loci quos indicavi, fere omnes sunt Ulpiani. Nihil alienum fecit ille a consuetudine cæterorum et sua, si dixit aliquem constituere certam personam se daturum fidejussuram. Tum autem hoc illi sic accipi, instituto ejus et præcedentibus plane convenit. Prius enim quæsierat, an constitutum valeat: si quis constituerit se pignus daturum, admiserat valere. Cum de fidejussore continenter subjicit: consentaneum est hoc idem cum, et de fidejussore statuere eadem conditione, si quis constituerit se certam personam fidejussuram daturum. Et certe pares casus eum conjungere declarat conjunctio subjecta his verbis: *sed etsi quis certam personam constituerit.* Hoc enim idem valet ac si diceret: si quis constitueris se pignus daturum; obligatur. Idem dicendum est, et si quis certam personam fidejussuram, idest fidejussorem se daturum constituerit. Nisi quis putat Ulpianum eo loco de fidejussoris constituto dubitare propter conceptionem ejus constituti, eo quod quis constituisset alium facturum. Quod non ita est. Ideo enim dubitatur de eo constituto, quia qui constituit se fidejussorem daturum, aliud videtur constituere, quam quod debetur, similiter ut cum constituit se pignus daturum. Quod repugnante edicto fieri videtur. *L.* 1. §. 1. *L. hactenus, sup. de pec. constit.* Hoc sensu nihil proponitur ex *d. L. qui autem, sed sed etsi quis, de pec. const.* cur in ea specie, quam posteriorem posuimus, a regula juris recedatur. Mihi vero re paulo accuratius expensa, et locum ita accipiendum esse; et propterea ne in ea quidem specie a regula juris discedendum, probabilius videtur et melius.

IX. Hactenus de jure ipsius promissionis dictum est, cum hoc disseruimus inutilem esse promissionem, si quis alium daturum facturumve promittat. Ita est, jure hoc promittitur inutiliter, ubi nemo ad id præstandum obligatur. Cæterum si longius progredi volumus, in promptu cautio est, qua nobis in eum eventum prospiciatur, si ille alius non det aut faciat id, de quo cautum erat. Licet enim a promissore stipulari (3) pœnam, aut quod nostra interest, si id ille alius ita non dederit, aut fecerit. Quod si promittit, et utilis stipulatio est ita sequens, in qua promissor promittit non jam alium daturum, sed se et id consequor, quod volebam: quoniam nec consequor aliud, si priore stipulatione obligatus esset promissor aut ille alius, quem daturum facturumve spopondit. Hæc cautio est in *d. L. stipulatio ista*, 38. §. 1. *de verb. obl.*

(3) Quæ committitur, etsi promissori nulla culpa cur ab alio factum sit vel non, imputari possit, Gœd. *ad L.* 69. *de V. S. n.* 5. imo et si serio ac modis omnibus conatus est ut fieret ab illo, de quo promisit, vid. Fachin. 3. *Contr.* 20. Sed num adjectio jurisjurandi firmat promissionem facti alieni? Quidam putant, ac committi obligationem ad id quod interest scribunt Gomez 2. *Resol.* 10. *n.* 23. contra Eman. Soarez. *in Annot. ibi N.* 19 quia hic jusjurandum in promittente majorem temeritatem arguit, ideoque nec fortiori vinculo illum obstringit: add. Jerem. Sester. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 17. *n.* 31. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 203. *et* 2. *seqq.*

CAP. XX.

In stipulationem et conventionem omnem ad obligandum alium comparatam deduci aut res aut facta. De rebus: et quæ quibus de caussis, quibusve in contractibus non recipiant, aut recipiant obligationem.

Nulla conventio aut contractus sine re, quæ præstetur, potest consistere. I.

Eorum quæ præstanda, uti subjecta obligationi materia, duo genera: res et facta: utraque quid sint; quatenus distinguantur. II.

Utraque promittuntur utiliter, si ea conditione sint, ut eadem dari fierive possint. Illa seu lex, seu conditio in rebus alia, alia in factis. III.

Recte in obligationem deducitur res omnis, quæ dari, aut haberi conditione sua potest. Quæ aut dari omnino non possunt, aut stipulanti dumtaxat, eorum nulla obligatio. IV.

Quæ dari non possunt stipulanti, horum tria genera; et quæ. V.

1. *Quæ in naturâ rerum non sunt, obligationum quasi materies esse non possunt.* VI.

   Res futuræ nihilominus in obligationem recte deducuntur. Quæ id genus exempla. VII.

2. *Res commercio exemptæ. Species harum quatuor.* VIII.

   1. *Exemptarum omni commercio; quarum nulla obligatio; sed in quibusdam justis de caussis excepta venditio.* IX.
   2. *Commercio non omnium, sed certarum personarum dumtaxat. Id genus stipulatio inutilis in stipulante, secus in promittente. Ratio differentiæ.* X.
   3. *Rerum, quarum nulli commercium, sed quibusdam omnis interdicta alienatio: et quæ hujusmodi.* XI.
   4. *Rerum quarum, ex cæteris caussis alienatione permissa, sola est interdicta venditio. Hæ autem quæ.* XII.

Superioribus generis species, uti commercio, aut alienatione exemptas, etsi primario et per se frustra in obligationem deducantur: secundario deduci aut per accessionem alterius rei; aut per universitatem successionis. XIII.

Quomodo per accessionem rei alterius. XIV.

Quomodo per universitatem successionis. XV.

Interdum et rei commercio exemptæ primario et per se facta venditio utilis emptori, et quatenus. Contraria refelluntur. XVI. XVII.

3. *Dari nequeunt, nec in stipulatum deduci res nostræ. Et quare.* XVIII.

   Ideo et nulla emptio, conductio, depositum aut pignus rei nostræ esse potest. XIX.

Rem nostram sola, et absoluta proprietas facit; et quæ sit ejusmodi. XX.

Rei nostræ stipulatio aut emptio inutilis quomodo interpretanda; et quæ hic observatu digna. XXI.

Conclusio, et transitio. XXII.

Quarum rerum, quod dari non possunt inutilis est omnis stipulatio, et conventio; illarum vice nec æstimatio debetur, aut pœna; et quæ in utraque ratio. XXIII. XXIV.

Nec rerum conditione mutata, quæ inutilis stipulatio ab initio, deinde convalescit. XXV.

Valebit tamen superiorem rerum ab initio conventio sub illa conditione concepta: cum res dari poterunt. XXVI. XXVIII.

Exceptio. XXVII.

Res quæ dari possunt, omnes in stipulatum et conventionem utiliter deducuntur, etiam incorporales; et quæ hujus generis. XXIX.

Corporales et si alienas in stipulatum et conventionem utiliter deduci. XXX.

Excipiuntur in emptione res furtivæ, secus in stipulatione. Quæ discriminis ratio. XXXI. XXXII.

I. Ut conventio omnis obligationis contrahendæ caussa comparata suo fine superiore constat: ita in primis rebus promissis, ac sine re, quæ præstetur, nulla conventio hujus generis, nullaque omnino obligatio esse potest. Id adeo indicat finis ille contractuum, nec contractuum tantum, sed et obligationum omnium. Quem hunc esse summum diximus, ut quid detur aut fiat. *L.* 3. *D. de obl. et act.* Sic enim semper su-

besse oportet, quod hic dari aut fieri debeat. Itaque quod de emptione scriptum est in *L. nec emptio D. de contr. empt.* nec emptionem nec venditionem sine re, quæ veneat, posse intelligi, ad omnes contractus pertinet.

II. Quæ in obligationem deducantur, vel hinc apparet duo esse: res, et facta. Quæ et totidem ponuntur in *§. ult. Instit. de verb. obl.* Sic enim hic res vocantur, quæ dantur: facta ea omnia, in quibus nihil datur, sed extra caussam dandi fit aliquid, quodcumque id sit, quod fiat. Utrumque verbo, alioqui per se generali, ad speciem contracto, dum ista inter se opponuntur. Nam alioqui et facta omnia, ut supra ostendimus, sunt res: et contra quæcumque res dicuntur, in his dandis insunt et facta. Eamdem rationem loquendi licet animadvertere, cum aliis verbis sententia eadem dicuntur stipulationum aliæ in dando esse, aliæ in faciendo. *L.* 2. *D. de verb. obl.* Nam et in dando sunt res, et in faciendo facta: et tamen eum generaliter loqui volumus, etiam dare (1) facere est. *L. verbum facere, D. de verb. signif.*

III. Ut quid horum ex sese utiliter promittatur, deducaturve in obligationem, una hæc in eo conditio et lex est, ut dari, fierive possit, quod promittitur. Quorum utrumque quia aliter in rebus, aliter in factis accidit, ita ferente earum rerum conditione: ideo quid postulent hæ conditiones in rebus primum, deinde in factis, separatim dicemus.

IV. Res omnis ad dandum utiliter in obligationem conventione deduci potest, quæ conditione sua dari, haberi potest. Quæ aut in totum dari non possunt, aut non possunt stipulanti; si convenerit, ut ei detur, conventio non consistit, neque hinc ulla obligatio est. *L. si stipulor*, 35. *D. de verb. obl.* Et certe absurdum est, ac non tantum iniquum, exigere a quoquam, ut præstet, quod præstari omnino non potest, sive de re danda agatur, quæ non potest dari, sive de eo faciendo, quod fieri non potest. Hinc regula juris ad utrumque genus pertinens, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, D. de reg. jur.*

V. Quæ res stipulanti dari non possint, ac propterea ut dentur in conventionem deducantur inutiliter, earum rerum genera sunt tria. Quædam enim ideo dari non possunt, quia non sunt in rerum natura. Quædam ideo quia cum sint; exemptæ sunt commercio. Quædam cum sint privatæ, et alienatione liberæ; tamen jam nostræ sunt, ut amplius dari nobis non possint: quæ et ipsa genera licet animadvertere posita a Justiniano, etsi exemplis tantum ad unumquodque eorum accommodatis notata, *Tit. Inst. de inut. stip.* in pr.

VI Primum genus e t earum rerum, quæ non sunt in rerum natura: ut si promittatur, homo vel bos mortuus, domus incendio comsumpta, navis dissoluta, aut quæ naufragio periit. Ergo si quis Stichum, aut bovem, qui mortuus sit stipuletur, inutilis est stipulatio. *d. tit. de inut. stip.* in pr. *L. si homo*, 69. *D. de verb. obl.* Supervacuum esset hoc monere, si tantum hoc diceretur, neminem ad hominem, aut bovem mortuum dandum obligari, quia quod non est, dari non possit. Qui est enim qui id ignoret? ut profecto in eo, non fuerit opus præceptis juris. Sed definitio progreditur longius. Huc enim spectat ut intelligamus, hujusmodi re promissa, ita nullam esse inde obligationem, ut nec debeatur æstimatio mortui, nec pœna, si forte hanc sim stipulatus, si mortuum non dederis: quamvis cons'et et æstimationem et pœnam natura præstari posse. *d. L. si homo, D. de verb. oblig.* Quod jus cum pertineat ex æquo ad omnem conventionem dandi in his rebus quæ dari non possunt, de eo postea expositis ipsis generibus istarum rerum in commune dicetur. Quod de homine aut animali jam ante mortuo, deque stipulatione in quam ista deducta sunt, diximus: idem de aliis rebus omnibus intelligendum est, quæ cum essent prius, postea esse desierunt: idem et de omni alia conventione, in quam res istæ deductæ fuerint. Earum uti stipulatio nulla est: ita nec emptio nec venditio, nec omnino ulla conventio consistit. Ideo placet, domo vendita, quæ prius consumpta esset, nullam esse emptionem, neque inter ignorantes, neque inter scientes, si tota domus absumpta sit. Quod si supersit adhuc pars aliqua ejus domus, quæstionis est, an propter partem valere

(1) Verbum facere varie accipitur. Stricte et proprie, quando aliquis rei faciem, ut ait Varro 5. *de Ling. Lat.* imponit. Ubi refertur ad opera quæ sub sensum cadunt ac distinguit ab *agere* sicut Græce ποιεῖν et πράττειν. Sic in *L.* 72. *de V. O.* 2.° Latius ut in *L.* 4. *§. Cato* 1. *de V. O.* continens etiam id, quo absoluto, nihil oculis objicitur, et opponitur dationi in *L.* 2. *d. t.* 3.° Latissime et dationem quoque complectitur, ita Duar. 1. *Disp.* 59. add. Curt. 2. *Conject. ad freq.* 3. Gœd. *ad L.* 218. *de V. S.* et *Contr. stip. Cap.* 6. *Concl.* 14. *n.* 178.

debeat emptio et venditio, et quatenus. In qua quæstione tota quid servandum sit, comprehensum est *L. domum*, et seq. *D. de contr. empt.*

VII. Sed cum dicimus res quæ non sunt, in obligationem deduci non posse; res accipere debemus, quæ nec sunt, nec esse possunt; quales sunt res superiores, homo mortuus, domus incendio consumpta. Quæ autem nondum sunt, futura tamen sunt, aut esse possunt, de his utilis est et stipulatio, et emptio, et omnis alia conventio. Nam hujus generis, res percipi possunt partim natura, ut (2) fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus; partim casu, ut captus piscium, avium, missilium: placet istarum rerum omnium receptam esse emptionem, quæ alioqui sine re esse non potest: diciturque in his posterioribus emptionis alea. *L. nec emptio, D. de contr. empt. L. cum hereditatem, D. de her. vel. act. vend.* Nec minus et de iisdem rebus aliæ conventiones valent. Qualenus cujusque natura et obligatio patitur. *L. interdum*, 73. *L. ubi*, 75. *§. illud, D. de verb. obl. L. et quæ nondum, D. de pign.*

VIII. Secundum genus rerum quæ dari non possunt, est earum quæ in rerum natura cum sint, commercio sunt exemptæ. Cujus generis quatuor sunt species, ac totidem earum, quæ ex hac caussa inutiliter deducuntur in obligationem.

IX. Quædam sunt, quæ in totum exemptæ sunt hominum commercio; eædem illæ quæ dicuntur non esse in bonis, aut patrimonio cujusquam. In hac caussa sunt, natura liber homo, jure gentium res publicæ omnium aut populi, mure et instituto civitatis res quæ dicuntur divini juris, (3) sacræ, religiosæ, sanctæ; item res universitatis, ut theatra, stadia, basilicæ, et quæ loca sunt civitatis publica. Sic enim hæc genera istarum rerum distinguuntur in *L. si in emptione*, 34. *§. omnium, D. de contr. empt.* Ergo has res si quis stipuletur, quia minime omnium dari possunt, inutilem stipulationem esse constat. *L. inter*, 83. *§. sacram, D. de verb. obl. §. idem juris, Inst. de inut. stip.* Similiter earum rerum neque emptionem, neque venditionem, neque aliam ullam conventionem consistere placuit. *L. sed Celsus*, 6. in pr. *d. L. emptione, §. omnium, D. de contr. empt.* Eodem numero habentur et venena (4) mala ad nullam rem apta, nisi ad nocendum. Hæc ut noxia, et periculi flagitiosi plena, haberi prohibentur, eoque et dari. Ex quo est, quod placet bujus generis venenorum non contrahi emptionem. *L. quod sæpe*, 35. *§. veneni, D. de contr. empt.* In his tamen rebus quædam exceptæ, in quibus justis de caussis venditio concessa est. Res sacras mobiles, etiam quæ ut sacræ venduntur, placuit, si necessitas urgeat, piis de caussis vendi posse, ut ad alimoniam pauperum, aut redemptionem captivorum, ubi ecclesiæ facultas ad eos sumptus aliunde non suppetit. De quo diximus supra in jure rerum sacrarum *Lib. 4. Cap.* 1. Liber homo si se ad pretium participiandum vendi passus sit, ita consistit emptio, ut et efficiatur servus, qui venditus est. *§. penult. Inst. de jur. pers.* de quo diximus in servis. *Lib. 2. Cap.* 9. Postremo patri permissum est in extrema paupertate victus caussa filium filiamve vendere. *L. ult. C. de patrib. qui fil. distr.* sic tamen, ut effectus venditionis ad certum tantum modum procedat, qui eadem lege comprehensus est. Et de eo diximus in jure patriæ potestatis, *Lib. 2. Cap.* 25.

X. Secunda hujus generis species est earum rerum, quarum commercium est inter cæteros omnes: tamen certis (5) personis est interdictum. Hujusmodi est mancipium Christianum Judæo, vel pagano, a quibus id mancipium per constitutiones haberi possideri non potest, interdicto his ejus mancipii omni commercio. *Tit. C. ne Christ. manc.* De harum rerum stipulatione interposita inter eos, quorum uni negatum est rei commercium, Ulpiani distinctio est, cum de vi ejus stipulationis quæritur, exstatque ea distinctio in *L. multum*, 34. D. de verb. obl. *Multum interest*, inquit, *utrum ego stipuler rem, cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat; ipsi nocere, non mihi.* Diffe-

(2) De obligatione fructuum futurorum vid. Jo. Copus *Lib.* 1. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 2. *et* 3. *seqq.* In Gallia constitutionibus regiis, frumentorum quæ in herbis sunt venditio vetita, præcidendæ occasioni onerandæ annonæ, Renat. Choppin. *Lib.* 2. *de Privil. rust. P.* 1. *C.* 5.

(3) Vid. Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S. et de Contr. stip. C.* 6. *n.* 27. *et seqq.* Hujusmodi sunt et reliquiæ sanctorum significatæ per martyres, *in L.* 3. *C. de SS. Eccl.* Cujac. *ad L.* 4. *C. de contr. empt.* De locorum publicorum alienatione quando licita, Cæpolla *de Serv. rust. C.* 3. *n.* 22. *et seq.*

(4) Unde Catoni Uticensi objectum scribit Plinius, quod Cantharides in auctione regis vendidisset. Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 10. vid. Goed. *ad L.* 236. *de V. Sign.*

(5) Vid. Hopper. *Lib.* 3. σεισάχθειαν *pag.* 82. et 2. Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S. n.* 19. *et de Contr. stip. C.* 6. *Conclus.* 10.

rentiæ ratio non obscura. Nam ei, cui commercium interdictum est, dari hujusmodi res non possunt. Neque vero dandæ sunt, ut pœna legis maneat, qua isti afficiuntur lege. Contra qui promittit, etsi prius est, ut dominus efficiatur rei interdictæ, quam stipulatori dando in eum transferat; tamen eum sic accipit, ut det, et dat re vera, rem habere non videtur. Non enim intelligitur capi aut pervenire ad aliquem, quod mansurum non est. *L. aliud est capere, D. de verbor. signif.* Præterea hæc etiam legis mens est, ut cum alicui interdicitur commercium, ut is eam rem alteri promittendo, obligetur. Interdicitur enim ei commercium pœnæ caussa. Non convenit, ut quod pœnæ caussa adversus eum constitutum est, id ipsius lucro et præmio cedat. Quod tamen fieret, si promittens eo nomine non obligaretur.

XI. Tertia species ejusdem generis est earum rerum, quarum nulli in totum interdictum est commercium: sed cum sint in dominio privatorum, a quibus et recte habentur possidentur, tantum his ipsis alienato est interdicta. In hoc numero sunt hæ res, prædium dotale: prædium seu res immobilis donata propter nuptias: servus, qui in fuga est; tigna ædibus juncta, aut inde exempta; eunuchi; res litigiosa. Prædii dotalis alienationem interdictam esse constat *L.* 4. *L. dotale.* 13. *D. de fund. dot. Inst. per. quas pers. nobis acq.* Ideo nec hujus venditio, nec alia quævis conventio transferendi caussa interposita valet. *L. cum vir,* 42. *D. de usuc. L.* 2. *D. de fund. dot.* Nec minus immobilis rei donatæ propter nuptias alienatio est interdicta, constitutione Justiniani. Nov. 60. *ut immob. ant. don.* §. 1. Sequitur igitur ut hujus venditio, et si qua alia de eo re transferenda conventio intervenerit, eodem jure habeatur. Et servum, qui in fuga est, alienare non licet. Proinde nec vendere, aut donare; exceptis coheredibus et sociis, quibus in divisione communium rerum licitationem de fugitivo servo invicem facere permissum est. *L. in fuga, C. ad leg. Fab. de plag. L.* 2. *D. eod. L. quod sæpe,* §. *si quis amico, D. de contr. empt.* Tigna quoque ædibus juncta alienari non possunt: nam nec legari. *L. cætera,* 41. in pr. *D. de leg.* 1. Unde intelligimus, si vendantur, aut si qua alia conventio de his transferendis interponatur, multo minus valere emptionem, aliamve conventionem. Sed et illud vetitum, ne quis ædificia dirueret, quo plus sibi acquireret, neve quis negotiandi caussa eorum quid emeret, venderetve, pœna in eum, qui contra fecisset, constituta, ut duplum ejus, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero qui vendidisset, ut irrita fieret venditio. *L. senatus,* 52. *de contr. empt. L.* 2. *C. de æd. priv.* Eunuchos facere constitutionibus interdictum, pœna capitis constituta adversus eos, qui fecerint. Sed nec factos vendere, aut quavis alia ex caussa alienare concessum est; ut appareat omnem de his transferendis conventionem prohiberi: præterquam si sint ex barbaris, et in barbarico solo eunuchi facti. *L.* 1. *L.* 2. *C. de eunuch.* Interdicta item rei litigiosæ alienatio. Proinde et omnis conventio inutilis, quæ interponitur ejus rei alienandæ caussa. *L.* 2. *L.* 3. *L. ultima, C. de liti.* et toto *Titulo, D. de litigios.*

XII. Quarta etiam species est earum rerum, quæ commercio exemptæ sunt, superiori quidem non admodum dissimilis, non nihil tamen diversa. Ea est earum rerum, quarum cæteris ex caussis alienatio concessa est; sola venditio et emptio est interdicta. In hac caussa sunt; sal, actiones, purpura, sericum. Salem jure Romano nulli concessum est vendere, nisi mancipibus, idest conductoribus salinarum, et iis quibus mancipes permiserint. Sed nec ab aliis, quam ab his licet emere. Pœna hac constituta, ut si sal et pretium commutata erunt, utrumque mancipibus addicatur. *L. si qu s, C. de vect. et com.* Jus, ut apparet, constitutum promovendorum vectigalium caussa, quo scilicet salinæ facilius reperiant conductores et publicanos, qui aliter non facile accessuri erant ad conductionem parum sibi utilem. Sed qui salem jam suum factum vendere prohibentur, hi non prohibentur donare, et liberalitatis caussa in quosvis transferre. Negotiatione enim remota: non est, quod mancipes magnopere damnum metuant. Non enim facile homines sua donant. *L.* 4. in fi. *D. ad Vell.* De actionibus nostris cedendis et in alium transferendis ita jus est, licere cuivis actiones suas donationis caussa alii cedere sine exceptione. Vendere autem ita licere, ut non latius consistat venditio, et transeant actiones, quam quantum est pretium solutum, et usuræ, quæ ex eo pretio redigi possunt. Præter quam si venditio erit necessaria, quod in quibusdam personis accidit. Hæc summa *L. pen.* et *L. ult. C. mand.* Quod ad (6) purpuram, et sericum attinet, constitutiones quædam sunt Impe-

(6) De purpura et murice, vid. Cujac. 12. *Obs.* 24. Henr. Salmuth. *ad Lib.* 1. *Memorab. Pancirolli initio.* De sericis vestibus olim magni æstimatis vid. P. Fab. 1. *Semestr.* 16. Got. *in not. d. L.* 2.

ratorum posteriorum, quibus fere in Europa hodie non utimur. De purpura cautum, purpuram fucare idest tingere, ac distrahere neminem privatum posse. *L. 1. C. quæ res vend. non pos.* Alia constitutione comparandi serici a barbaris facultas omnibus adempta præter comitem commerciorum. *L. 2. C. eod.* Hodie videmus hæc omnia in Europa maxima ex parte omnibus esse libera. Quia tamen constitutiones sunt juris Romani, et huc pertinent, non putavi omittendas.

XIII. Atque hæ species sunt istius generis, in quo eas res ponimus, quarum commercium et alienatio non est aut in totum aut ex parte. Quarum ipsarum et hanc conditionem communem esse dicimus, cum in obligationem deducuntur, ut quatenus de his dandis transferendisque agitur, eatenus omnis inutilis sit et stipulatio, et emptio, omnisque alia conventio. Sed habet hoc jus nonnullas cautiones, quæ cum sint propriæ hujus generis, tempestivum est eas hoc loco subjicere. Ac primum quod dicitur istarum rerum stipulationem, emptionem, venditionem, et cæteras conventiones de his interpositas non valere: sic accipiendum est, si hæ res specialiter seu principaliter in obligationem deducantur. Quod si non deducantur principaliter; uti eo modo alienari possunt, ita possunt et utiliter in obligationem deduci. Id autem fit duobus modis; aut per accessionem alterius rei, cujus concessa erat alienatio; aut per universitatem successionis.

XIV. Per accessionem alienantur, et in obligationem deducuntur hoc modo; si, puta, vendam aut aliter cedam tibi fundum, in quo sit aliquid sacri, aut religiosi, vel fundi dotalis, vel litigiosi, et conveniat, inter nos, ut id omne ad te transeat. Hoc vero modo utilem conventionem esse placet, et simul procedere alienationem. Quasi scilicet non videantur istæ res vendi, aut cedi, ubi non veneunt, ceduntur ve specialiter, sed (7) emptioni, cessionive majoris partis accedunt: quam ideo sequuntur utiliter, quia illa per se venire et alienari potuit. Hæc in *L. hanc legem*, 22. et 2. seqq. *D. de contr. empt.*

XV. Per universitatem successionis transeunt istæ res ad heredem hoc modo. Finge in bonis defuncti esse fundum, in quo sit aliquid sacri, religiosi. Esse in ejus bonis fundum dotalem, rem aliquam litigiosam, servum qui in fuga sit. Hæc per se alienari non possunt. At, herede aliquo relicto, ad heredem transeunt, et quidem utiliter. *L. quædam, D. de acq. rer. dom.* Quo recepto, dicemus ut ea hereditas vendi potest, ita et vendita ea ac translata, etiam eas res in emptorem utiliter transferri. Hoc ideo, quia et hic transitus fit non principaliter, sed per consequentiam. Recte enim transfertur hereditas. At hac translata sequitur, ut transeant quæ erant in hæreditate. Erant autem hæc, quæ per se transferri non poterant. Et nos quid principaliter fiat, non quid per consequentiam spectare debemus, ut ex vi aut inutilitate ejus, quod principaliter geritur, sequatur etiam vis aut inutilitas consequentis. *L. 1. D. de auct. tut.*

XVI. Sed etsi conveniat quid principaliter de rebus totius hujus generis, est in earum venditione jus quoddam proprium emptionis et venditionis, quo efficitur, ut ea emptio et venditio valeat. Nam et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi emptionem contrahi placuit, si hæc pro privatis veneant, et inter ignorantes id fiat, aut venditor sciat, et emptor ignoret. *L. et liberi, 4. D. de contr. empt.* Negat tamen Modestinus etiam hoc casu emptionem tenere, in *L. qui officii*, 62. §. 1. *D. de contr. empt.* Sed addit, quo se satis explicat. ***Ex empto tamen***, inquit, ***adversus venditorem experietur emptor, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.*** Hoc qui dicit, satis declarat hactenus saltem (8) emptionem valere. Neque enim potuit esse ex empto actio, nisi ex utili emptione.

(7) Vid. *supra L. 5. 4. C. 6. N. 2.* Non autem hic ipsæ res transeunt earumve dominium, sed usus si quis privatus est, jure saltem accessionis vel opportunitatis. Ut si jus sepeliendi venditori in loco religioso, vel sacrum faciendi, aut parentandi *L. 2. §. 2. L. 5. et 6. L. 8. ult. et L. seqq. de relig. L. 53. §. 1. de act. empt.* Ipse igitur locus sacer etc. per se, quatenus talis in commercium non venit, Goed. *ad L. 5. pr. de V. S. n. 14.*

(8) Ita et Cujac. *ad L. 4. de Contr. empt.* Non tenet ad id ut res acquiratur, tenet ad id ut nascatur actio ex contractu; et Goed. *ad L. 5. pr. de V. S. n. 15. et Contr. stip. C. 3. n. 39.* quia, inquit, affectus, actio empti, causam præcessisse arguit; nec ullo casu actio ex empto, ubi nulla emptio est, et dolus facit ut emptio contracta sit quæ alias non esset. Male hoc. Non dolus facit ut valeat si valere dicendum est, sed ignorantia ementis. Quin si dolus abesit, utroque ignorante non minus, sed magis validus contractus *d. L. 70.* Actio quoque ex empto aliquando dari videtur, cum contractus non tenet per *L. 21. pr. de act. em. junct. L. 8. pr. de contr. empt.* Utilis videlicet ut contractus qui non valet vi actionis directæ; efficax tamen sit ex mera æquitate producendæ actioni utili seu in factum. Sic enim voca-

ptione. *L. ex empto, D. de act. empt.* Ergo quod prius dixerat non tenere emptionem, perspicuum est ita dici, ut intelligat non per omnia eam tenere, non tamen ita ut non teneat in totum. Ita consentiens omnium hæc sententia est, etiam superiorum rerum emptionem valere, si ab ignorante pro privatis emantur. Quod si recipitur in iis, quæ plane commerciis hominum exemptæ sunt: multo magis probandum est in privatis, quarum alienatio tantum dominis est interdicta: ut si quis fundum dotalem pro non dotali vendat, rem litigiosam, pro non litigiosa, servum qui in fuga est, pro non fugitivo.

XVII. Sed hic hæsitatur. Nam quomodo earum, quæ dari non possunt, emptio contrahitur contra regulam juris, quæ dictat impossibilium nullam esse obligationem? *L. impossibilium, D. de reg. jur.* Sed nihil hic fit adversus eam regulam. Ut enim hæ res alienari darive non possunt, sic nunquam possunt utiliter in emptionem, aliamve ullam conventionem deduci, ut dentur ipsæ, petive possint. Denique quod ad res ipsas attinet, non tenet emptio, ut scribit Modestinus, tantumque in id agitur, ut præstetur emptori, quod ejus interest deceptum non fuisse. *d. L. qui officii, §. 1. D. de contr. empt.* Quo continetur et rei venditæ æstimatio, quanta esset, si res esset privata, et præterea quantum emptor inde lucrari potuisset. *L. si commissa, D. rem. rat. hab.* At hoc nondum rem expedit. Cum enim dicimus his rebus in obligationem deductis, inutilem esse conventionem, hoc intelligimus dici plane esse inutilem, nullamque inde obligationem esse ad ullam præstationem. Alioqui aliquo modo utilis esset conventio. Exemplo est stipulatio istarum rerum, in qua jus servari certum est. *L. si stipulor, 35. L. inter, 83. §. sacram, D. de verb. oblig. §. idem juris, 2. Inst. de inut. stip.* Et aliud juris est in stipulatione earum rerum, aliud in emptione. Quod proprio quodam jure et natura emptionis ac venditionis accidit. In hac enim non tantum tenetur venditor, ut præstet rem venditam, ad quod sane non teneri eum in his rebus venditis fatemur: sed etiam ut si qua in re emptorem decepit sciens; sive ignorans quid affirmavit de re, quod non erat, id præstet. Etsi enim putavit ita esse, tamen non debuit facilis esse ad temerariam affirmationem. *L. Julianus, in pr. et §. quod autem, D. de act. empt.* Ac de secundo genere earum rerum, quæ dari non possunt, in quo sunt, quæ commercio sunt exemptæ, satis dictum est, ut intelligatur, quæ sint hujus generis, et quatenus verum sit, eas conventione utiliter in obligationem deduci non posse

XVIII. Tertium genus earum ipsarum rerum, quæ dari non possunt, erat earum, quæ sunt nostræ. Neque rem ipsam nostram, neque si quid in jure ejus rei nostrum est, id nobis dari aut in nos transferri, conventione efficere possumus. Et quidem rem suam neminem utiliter stipulari posse constat: *L. nemo rem, 82. D. de verb. obl. §. idem juris, in fin. Inst. de inut. stip.* Nempe ideo, quia res nostra est ex genere earum rerum, quæ nobis dari non possunt. *Scilicet* ut est apud Justinianum, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut fiat ejus, nec res quæ* jam alicujus est, *magis ejus fieri potest. §. sic itaque, Instit. de act.* Eamque superioribus inutilitatis rationem esse, licet certius intelligere ex *§. sed si rem, Instit. de leg.* ubi Justinianus cum eodem modo rem suam cuiquam inutiliter legari posuisset, ejus juris eamdem istam rationem reddidit.

XIX. Hac eadem ratione nec suæ rei emptionem valere placuit. *L. suæ, 16. D. de contr. empt.* ut intelligamus, quod de stipulatione rei nostræ dicitur, ad omnes conventiones pertinere, quibus id agitur, ut aliquo modo res nostra nobis detur, quod fit in emptione, si venditor sit dominus. *L. ex empto. D. de act. em.* Sed hic non consistimus. Etiam conductio rei nostræ nulla est, tametsi ex conductione nihil nisi jus fruendi in nos transfertur. *L. qui rem, C. de loc. et cond.* Longius itum est. Nam neque pignus, neque depositum, neque precariam suæ rei consistit; non magis quam emptio aut locatio. *L. neque pignus, D. de reg. jur.* quia scilicet in his omnibus id agitur conventione, ut transferatur in nos aliquid de usu rei, quod jam satis jure nostrum sit, aut esse debeat. Sed in hujus rei emptione sciendum est, non adhibere nos eamdem distinctionem, qua in emptione rerum superioris generis usi sumus. Illarum enim emptionem non consistere diximus inter scientes, aut si emptor solus sciat commerciis exemptas: sin ab ignorante emantur, intelligi emptionem. *d. L. 4. L.*

tur actio quæ in præsenti casu competit, in *L. 8. §. 1. de relig.* quæ ita concilianda *d. L. 62. §. 1.* Pac. 3. Q. 7. P. Busius in *L. 9. de Contr. empt. n. 8. 9.*

liberi de contr. em. Alia caussa est rei nostræ. Placet suæ rei non valere (9) emptionem, sive sciens quis emerit, sive ignorans *d. L. suæ. D. eod.* Hoc ideo, quod cæteras res, si privatæ essent, et dari possent, ut putamus, interest nostra nobis dari, quia eas non habemus, et tamen quæsitas volumus. Rem nostram nobis præstari nostra nihil interest, quia cum nostra sit, eam jam satis habemus: nec quod habet quis, debet ab alio expectare.

XX. Res nostra est, cujus proprietas ad nos ita pertinet, ut invitis non possit avocari. Vel sola proprietas rem nostram facit. *L. recte. D. de verb. signif.* Itaque eam rem quæ talis est, si cætera concurrant, inutiliter et stipulamur, et emimus. Si ususfructus rei tantum noster est, ea non est nostra, ne pro parte quidem; quia ususfructus dominii pars non est, sed servitus. *d. L. recte.* Ea res facit, ut si cujus ususfructus dumtaxat sit in re aliqua, et is eam emat, nihil sit, quod obstet emptioni. *d. L. suæ.* in fin. *D. de contrah. emptio.* Sed etsi proprietas ita nostra sit, ut possit aliquo remedio ab invitis avocari, veluti in integrum restitutione, non vere res nostra est: cum id quod nostrum est, definiamus sine facto nostro ad alium transire non posse. *L. id quod nostrum, D. de regul. jur.* congruit *L. non videtur quisquam. D. eod. L. cum quis. §. qui hominem. D. de solution.* Hac de caussa si quis eam rem emat ab eo, qui potuit eam (10) avocare, placuit utilem esse emptionem. *L. 4. C. de contrah. empt.*

XXI. Notandum non hoc dicere nos, omnem stipulationem, aut emptionem ob rem nostram esse inutilem; sed eam quæ sit de re ipsa nostra, et ea nobis danda seu in nos transferenda. Proinde si quis stipuletur pretium rei suæ, quam vendidit, nihil est impedimento stipulationi. *d. L. nemo rem, 82. D. de verb. obl.* Sic enim stipulatur pecuniam non suam, sed emptoris, quam ideo ab illo dari venditori oportet. *L. ex empto.* in pr. *D. de act. empt.* Sed etsi quis quis stipuletur rem suam sibi restitui, quæ apud alium est, utiliter stipulatur. *d. L. nemo.* Nihil enim prohibet, quominus res nostra sit, et tamen teneatur ab alio; quatenus et potest restitui. Æque utilis conventio est, si quis rei suæ possessionem, quam alius judicio obtinuit, aut usumfructum, qui alterius est, sibi emat aut stipuletur. *L. si in emptione*, 34. *§. rei suæ. D de contr. empt.* Sunt enim et hæc aliena, quæ cum dominio nostro nihil commune habent. *L. naturaliter, §. nihil commune, D. de acq. her. d. L. recte, D. de verb. signif.* Sane uno casu stipulatio rei suæ recepta est, si quis rem suam furtivam stipuletur sibi dari a fure, dummodo sub hac demonstratione, ut stipuletur tanquam furtivam. *L. scire*, 29. *§. ult. D. de verb. oblig.* Receptum ideo, quia utile esse visum est rem furtivam tanquam alienam domino dari posse; ut fur pluribus actionibus teneatur, id est non tantum vindicatione; sed etiam condictione. *§. sic itaque Instit. de act.* Quod si tanquam quæ dari possit, condici potest: etiam ut talis adversus furem potest in stipulatum deduci.

XXII. Atque hæc genera sunt earum rerum, quæ dari non possunt. Quorum in singulis cum ostenderimus omnem inutilem esse conventionem, qua agitur de his in nos transferendis; apparet vere in universum ita definiri, ut fit in stipulatione in *d. L. si stipulor*, 35. *D. de verb. ob'.* quæ res dari non possunt vel natura vel jure, de his omnem conditionem dandæ, transferendæque rei esse inutilem. Simul ex eadem divisione intelligimus, quod quærebamus, quæ res et quatenus in obligationem dandi deduci non possunt. Sed etsi res ita se habet, ut omnis istarum rerum conventio dandi, quatenus ab initio talis est, sit inutilis: nonnulla tamen hic incidunt, quæ afferant dubitationem, an in his saltem, aut propter ea utilem dici oporteat conventionem. Quæ cum in commune ad omnia superiora genera pertineant, etiam hoc loco in commune attingenda et removenda fuerunt. Duo sunt quæ si res non

(9) Valet tamen mandatum de emenda re mea, vendente eo cui jus vendendi, licet subtili jure non consistat *L.* 22. §. 3. *Mand.* Cujac. 8. *ad Afr. in L.* 34. §. *re Mand.* P Fab. *ad L.* 45. *de R. I.*

(10) Duaren. *de Contr. empt. Ca.* 2. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 2. *Gl. un. n.* 12. qui et hoc declarat *n.* 44. Cum tota quoque re partem suam emere aliquis potest *L.* 13. §. *ult. de in diem addict.* Ut si sunt plures qui rem communem subjiciant hastæ, unus eorum illam recte emit, Cujac. d. loc. Sed num in pignore fallit regula in eo, qui dominium habet jure speciali ut legatarius in re legata. Ita post alios putat Fachin. 12. *Contr.* 32. per *L.* 7. *pr. Qui pot. in p. c.* junct. *L.* 2. *Quan. ex fac. tut. et simil.* Cum quo non facio. Eadem enim naturæ et juris ratio æque resistit. Neque id probat *d. L.* 7. *pr.* Dominium habet pupillus in re suis nummis empta a tutore *d. L.* 2 *vid. supra Lib.* 5. *C.* 2. *N.* 5. pignus autem habet *d. L.* 7. *pr.* in re suis nummis ab alio comparata.

debetur, ipsa tamen saltem præstari debere videantur, æstimatio rei, et pœna inutili conventioni subjecta. Unus autem casus est, qui etiam in re ipsa inutiliter promissa videatur utilem conventionem efficere debere, si res videlicet, mutata postea conditione, dari posse cœperit. Quapropter de his in commune quæramus.

XXIII. Primum ergo quæritur, si conventione de his rebus dandis interposita, inutilis de re conventio est, ut res detur, an non saltem debeatur rei æstimatio. Movet, quod æstimatio a promissore dari potest, et dari stipulatori. Qua ratione igitur fit, ut non debeatur res promissa, quia dari non potest: contraria effici videtur, ut præstari debeat æstimatio, quia et dari potest. Confirmatur ea res exemplo alienæ rei legatæ: quam si heres redimere non potest, quia dominus eam non vendat, ejus æstimationem dare cogitur: scilicet ut quod non potest, non præstet, puta rem legatam: at quod potest, id præstet, nempe æstimationem. §. *non solum, Inst. de leg.* Sed generaliter tenendum est, quæcumque res in obligationem deduci non possunt, quia dari non possunt, eas sive legatæ sint, sive promissæ, sive aliter in conventionem obligationemve deductæ, inutilem actum nostrum efficere; ut quemadmodum non debentur res ipsæ, sic nec debeatur earum æstimatio. De legato harum rerum traditum hoc est diserte in *d.* §. *non solum*, in fi. *de leg. L. cum servus*, 39. §. *ult. D. de leg.* 1. Multo magis in conventionibus istarum rerum idem recipiendum est: cum in testamentis plenius voluntates testantium interpretemur. *L. in testamentis*, *D. de reg. jur.* Et idem esse in stipulationibus ac conventionibus omnibus satis intelligitur ex eo, quod dicitur earum rerum stipulatio esse inutilis. §. *idem juris*, *Inst. de inut. stip.* item earum rerum emptio non esse. *L.* 4. *L. si in emptione*, §. 1. *D. de contr. empt.* Neque enim inutilis est stipulatio, aut nulla emptio, si quid ex ea debetur, et maxime si pro re debetur æstimatio. Et sane ratio non est obscura. Sive enim res legatur, sive promittitur, ipsa res in obligationem venit, non æstimatio, quæ nec legata nec promissa est. Quo fit, ut si rei obligatio non consistit, neutrum debeatur: non res, quia jus vetat: non æstimatio, quia deest legantis aut promittentis voluntas. Non mirum, si aliud placuit, cum res aliena legata est, neque eam heres dare non potest, quia dominus eam non vendat. Nam res aliena legatur utiliter; ut cum rem debeat heres: necesse sit aut rem præstare, aut pro se æstimationem, quo legatario satisfiat. *d.* §. *non solum. de leg.* Nec ad rem pertinet, quod cum dominus eam rem vendere non vult, heres eam dare non potest. Hoc enim incommodum personæ est, non naturæ impedimentum. Heres non potest eam rem dare inupia rei prohibitus. At res ipsa per se dari et alienari potest. Impedimentum naturale obstat obligationi, ut in re impossibili. incommodum et inopia debitoris non obstat. *L. continuus*, 137. §. *illud. D. de verb. obl.*

XXIV. Secundo loco quæritur, si is, qui res supra scriptas sibi dari stipulatus est, aut emit, sibi cavens stipulatus sit pœnam, si eæ res datæ non essent: an non saltem utilis sit pœnæ stipulatio, ut ubi constabit res dari non posse, pœna saltem committatur. Neque enim hic de pœna idem dici potest, quod prius de rei æstimatione. Æstimatio non debetur, quia non est promissa. At promittitur pœna aperta conventione. Ut autem videatur utilis esse posse hæc pœnæ stipulatio superiorum rerum conventioni subjecta, faciunt exempla similium stipulationum inutilium, quibus subjicitur utiliter pœna. Alteri stipulamur inutiliter. Attamen si stipulemur pœnam, si alteri datum non sit, utilis stipulatio est. *L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri, D. de verb. obl.* Item inutiliter stipulamur alium daturum facturumve. Utilis tamen stipulatio pœnæ, si hanc stipulemur, si ille alius non dederit, aut fecerit. *d. L. stipulatio ista*, §. 1. Consentaneum igitur, ut quanvis quis stipuletur inutiliter rem dari, quæ dari non potest; si tamen stipuletur pœnam, si res data non erit, stipulatio pœnæ similiter sit utilis. Sed in hoc genere toto istarum rerum generaliter probandum est, cum res promissa est, aut vendita, quæ dari non potest, eoque nec in obligationem deduci, ita ullam esse hanc conventionem, nullamque ex ea caussa obligationem, ut nec si pœnæ stipulatio subjecta sit, si quid earum rerum datum non erit, pœna debeatur; quia inutilis sit et pœnæ stipulatio subjecta. Traditum hoc est in genere earum rerum, quæ in rerum natura non sunt, puta cum homo qui mortuus erat; promissus est. in *L. si homo.* 69. *D. de verb. obl.* Sed definitio ad omnes res, quæ dari non possunt, pertinet. Nihil enim interest, utrum quid natura dari non possit, an jure. *d. L. si stipulor*, 35. *de verb. obl.* Itaque non tantum idem dicemus, si liber homo, si res sacra, religiosa, publica promissæ sint et pœna subjecta, si datæ non fuerint, de quibus

minor est dubitatio; utpote rebus non minus exemptis ex hominum commerciis, quam est homo mortuus: sed etiamsi emat quis fundum dotalem, aut rem litigiosam res alioqui privatas, aut emat rem suam, cujus etiam alienatio est, et nisi hæ res datæ sint stipulemur pœnam: probandum est æque inutilem esse stipulationem pœnæ. Merito. Istarum enim rerum conventioni subjecta pœnæ stipulatio, non ideo est inutilis. quia inutili subjecta est, sed quia ut subjecta est impossibili, ita et ipsa est impossibilis. Non sane quod pecunia dari non possit, si superiores res datæ non erunt; sed quod dari non possit, ut pœna, ubi res prius promissæ conditione sua dari non potuerunt. Nam si pœna nulla est, nisi delicti coercendi caussa: *L. aliud est fraus: D. de verb. signif.* non potest ulla pœna ibi statui, ubi non præstat promissor, quod per conditionem rerum præstari non potest. Nullum enim delictum, nullaque culpa per rerum naturam potest intelligi ob eam rem non præstitam, cujus præstatio est impossibilis. De quo scripsi ad *L. si homo*, 69. *de verb. oblig.* Quamobrem non sunt similia exempla stipulationum inutilium superiora, quibus pœnæ stipulatio subjicitur utiliter. In his enim non eodem vitio laborat pœnæ stipulatio, quo præcedens, cum stipulator neque stipuletur alteri pœnam, sed sibi. neque alium daturum, sed promissorem. Aliter atque cum impossibili præcedenti subjecta pœnæ stipulatio fit et ipsa impossibilis, ut hoc loco.

XXV. Effectum est igitur iis rebus quæ dari non possunt, in obligationem conventione deductis, ita inutilem esse ab initio conventionem, ut nihil ex ea caussa possit deberi, id est neque res quæ promissa est inutiliter, neque æstimatio, quæ promissa non est, neque adeo pœna cujus præstatio in hac specie fit impossibilis, ut modo dixi. Sed esto, hæc ita sint ab initio, et quamdiu res promissa in eadem caussa manserit, ut dari non possit. At quid si res ab initio inutiliter promissa venerit postea in eum casum, ut posset dari; an non tempore saltem convalescet stipulatio, et res promissa debebitur? Ut pota, liber homo promissus est, promissa res sacra, religiosa, publica; fundus dotalis venditus, res litigiosa vendita. Sit sane a principio omnis hæc stipulatio et emptio inutilis. Sed liber postea servus factus est, res sacra profana, res publica privata facta. fundus desiit esse dotalis, res desiit esse litigiosa. Quidni dicamus conventionem jam valere, quæ ante inutilis? Quod enim certa de caussa prohibetur. impedimento sublato concedi intelligitur, et generaliter cessante caussa legis, placet legi locum non esse. *L. quod dictum, D. de pact. L. in omnibus caussis id observatur. D. de reg. jur.* At inutilitas omnis superiorum conventionum ex hac caussa est, quod res in obligationem deductæ sunt, quæ dari non possunt. Quare si eædem dari postea cœperint, dicendum est, impedimento sublato. nihil obstare obligationi: hac de caussa etiam quod prius gestum est, convalescere. et res ante in obligationem deductas deinceps incipere deberi. Sed ut certius liqueat quid sit quod dicitur istarum rerum conventiones jam a principio esse inutiles: placet ita inutiles esse, ut nec tractu temporis convalescant, quamvis res promissæ in eum casum venerint, ut dari possint. §. *idem juris.* versic. *nec in pendenti. Inst. de inut. stip. L. inter.* 83. §. *sacram. D. de verb. obl.* Et recte. Nam nisi hoc ita fit. conventio jam ab initio non sit inutilis, sed sit in pendenti, utrum sit utilis, necne. Nunc autem jus facit, ut sit statim inutilis. Quæ ratio significari videtur in *d.* § *idem juris* vers. *nec in pendenti.* Idem et de legatis istarum rerum placuit. *L. cætera.* 41. § 1. *D. de leg* 1. Et generaliter de omnibus quæ ab initio inutiliter fiunt, regula juris ita definitum: *Quod initio vitiosum seu inutile est, tractu temporis convalescere non potest.* L. quod initio, *L. quæ ab initio. D. de reg. jur.* Hæcque est, quæ nostris dicitur regula Catoniana, quæ a Catone concepta primo de iis quæ testamento relinquuntur, et in his pro jure certo recepta, qualis exstat in *L.* 1. *D. de reg. Cat.* post deinde ad stipulationes atque alias (11) conventiones translata est, ut significatur in *d. L. cætera*, §. 1. *D. de leg* 1. Non adversatur huic regulæ, quod dicimus, impedimento sublato, obligationi nihil obstare. Non nego hoc vere dici: sed ita accipiendum est, ut nihil obstet, quominus nova voluntate, vel testatoris. vel contrahentium deducantur hæ res in obligationem. Ut, mutata conditione, eædem res iterum legari possunt: possunt iterum vendi, et promitti, quod nemo negat. Nulla autem nova voluntate, aut conventione interveniente, et natura rei gestæ, et juris ratio refragatur, quominus quod initio vitiosum

(11) Goed. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 123. Sed imo hoc non ex regula Catoniana, sed alia Catone antiquiore *L.* 29. *de R. J.* Vid. *supra Lib.* 8. *Cap.* 13 *N.* 5.

est, tractu temporis confirmetur. Primum quod initio non est, id nec convalescere nec confirmari dici potest: quoniam ei quod non est, attribui nihil potest. Tum autem verum non est, cum res dari posse cœpit postea, impedimentum omne esse sublatum, quod conventioni aut legato obstabat. Nam re quæ dari non potest, legata aut promissa, utrumque ab initio deest ad obligationem, et res idonea quæ dari possit, et voluntate atque conventio, quæ propter rem est inutilis. Quo fit, ut quanvis postea res cœperit dari posse: tamen desit adhuc nova voluntas et nova conventio: qua non secuta, dici non potest tanquam impedimento omni amoto, quod obligationi obstabat, legatum aut conventionem convalescere debere.

XXVI. Hoc jus superiore regula constitutum excipit alia dubitatio. Constat enim regulam Catonianam de iis definire, quæ pure legata aut promissa sunt: ad conditionalia autem non pertinere. *L. 1. L. penult. D. de reg. Caton. d. L. cætera*, §. 1. *D. de leg.* 1. Sit ergo sane conventio inutilis, cum res pure in obligationem deducta est, quæ dari non poterat, et quanvis res postea dari cœperit, non eo magis confirmetur. At quid si quis rem sacram, aut publicam, aut fundum dotalem, aut rem litigiosam emerit, stipulatusve sit sub conditione, et pendente conditione hoc ipsum contigerit, ut res dari posset, sic deinde conditio exstiterit, an valebit conventio, nec prohibebit regula Catoniana superior, quæ conditionalia non impedit? Et consequens est superioribus valere hoc casu conventionem, et rem promissam deberi. Quod et in superioribus rebus omnibus cæteris receptum est, tantum exceptæ, quæ penitus commerciis exemptæ sunt. Et in cæteris quidem exemplo est res nostra. Quam placet utiliter stipulari nos, aut emere sub conditione, si conditionis exsistentis tempore nostra non sit. *L. si rem meam*. 31. *L. existimo*, 98. *D. de verbor. obligat. L. existimo, D. de contrah. empt.* Etsi autem hoc fere solum traditum legimus a veteribus de re nostra: tamen definitio ad res omnes cæteras privatas, quæ dari non possunt, pertinet. Finge fundum dotalem a marito, consentiente uxore, venditum sub conditione, et exsistente conditione, desiisse esse dotalem: rem litigiosam item venditam eodem modo, et exsistentis conditionis tempore litigiosam non esse. Utilis erit venditio in utraque specie. Idemque in similibus rebus probandum est. Argumento est servus venditus, qui in fuga est. Nam et hic non magis vendit aut alienari potest pure, quam res superiores. At sub conditione venditur utiliter, si pendente conditione ex fuga receptus sit, ut jam fugitivus esse desinat. *L. in fuga*, in fin. *C. ad leg. Fab. de plag. L. quod sæpe*, §. *si quis amico*, *D. de contrah. empt.* Et ne necesse sit singulas species persequi, satis una definitione continentur omnes, cum ita definitur regulam Catonianam ad legata, et stipulationes conditionales non pertinere. *d. L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Cujus definitionis hæc est sententia, quæ sub conditione legantur, promittuntur, in his non initium legati et promissionis spectandum esse; sed tempus exsistentis conditionis, ut ex eo tempore de vi legati aut promissionis æstimetur: ut si eo tempore res dari non possit, nihil actum sit: si dari possit, utile sit legatum et promissio. Cur hunc eventum spectari placeat in superioribus rebus sub conditione promissis, legatisve, non item eum pure promissæ sunt, aut legatæ: satis a me expositum est in legatis, in hujus regulæ explicatione supra *Lib. 8. Cap.* 13.

XXVII. Sed valet hoc jus inquam in rebus cæteris: in rebus quæ commerciis prorsus exemptæ sunt, non placuit: ut libero homine, re sacra, religiosa, publica. Has inutiliter stipulamur, emimusque et pure et sub conditione, quanvis tempore exsistentis conditionis privatæ fuerint. Usque adeo: ut ne sic quidem liberum hominem stipulari aut emere possimus; illum cum servus erit, mihi dare spondes? ille, cum servus erit, mihi emptus est tot aureis. *L. inter*. §. *sacram*, *D. de verb. obligat.* §. *item contra*, in fin. *Inst. de inut. stip. L. si in emptione*, §. *liberum*, *D. de contrah. empt.* Differentiæ ratio exposita a Paulo in *d.* §. *sacram*, quod scilicet liberi hominis et superiorum rerum status non fere mutari soleat sine mutatione et interitu civitatis, ubi civitas venit in hostium potestatem, ibique fiunt omnia privata hostium. Hanc mutationem exspectare et turpe, et ominosum habetur. Nulla ejusmodi turpitudo, si in cæteris rebus privatis promittendis adjiciatur ea conditio, qua hæc mutatio exspectetur, cum conditione sua ad has mutationes comparatæ sint: sic itaque eveniet, ut re quæ dari non potest, in obligationem deducta, jam statim ab initio inutile sit, quod gestum est, nec quanvis mutata conditione rei tractu temporis convalescat, sive res commerciis exempta promissa sit, quocumque modo sit promissa vel pure vel sub conditione; sive promissæ sint res cæteræ, dum promissæ pure, non sub conditione.

XXVIII. Ad quod probandum, etsi suffi-

ciebat regula Catoniana superior; tamen veteres hoc loco etiam hoc argumento usi sunt, ut dicerent adeo superius illud, atque adeo regulam ipsam Catonianam in his rebus veram esse, ut licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in eam caussam sine facto promissoris devenerit, ut dari non posset, exstinguatur stipulatio. Et quamvis mutata conditione, in pristinum statum redierit, non eo magis restituatur obligatio semel exstincta. Hoc in *d. L. inter*, §. *sacram, de verbor. oblig.* §. *item contra, Inst. de inut. stipul.* Argumentum superioris sententiæ certissimum. Facilius enim impeditur quid ne fiat, quam rite contractum dissolvitur. *L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Quare si stipulatio ab initio de rebus recte contracta resolvitur, cum res cœperit dari non posse: multo magis si ab initio dari non poterit, inutilis erit stipulatio, in quam ea res deducta est. Ut appareat, si ita stipulatio exstinguitur, ut supra diximus, hanc liberationem et interitum obligationis apposite hoc loco ad eam confirmationem attingi. Sed si quæratur, verumne sit isto casu exstingui obligationem ab initio contractam, et quæ sit istius interitus ratio: quæstio est non hujus loci, sed ad liberationes et solutiones obligationis. Ad quas et hic locus remittendus est.

XXIX. Hactenus res, quæ dari non possunt, quæ quatenus in obligationem deduci non possint, dictum est. Aliæ sunt res, quæ dari possunt, in quo numero cum a prioribus discesseris, sunt omnes reliquæ. De his contraria superiori definitio est: quæ dari possunt, easdem utiliter in stipulatum et conventionem deduci posse. *L. si stipulor, D. de verbor. obligat.* Generalis hæc definitio est, et ad omnes res hujus generis pertinet. Itaque nihil interest, utrum corporalis res sit, an incorporalis. Incorporales res, ut suo modo constitui et dari possunt, ita ut dentur, utiliter in obligationem deduci, sive legentur, sive promittantur, emantur ve. Hujus generis sunt, (12) servitutes, actiones, hereditas. Servitutes ut ususfructus, usus, habitatio, item servitutes prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum ut dantur, sic in caussis dandi ipsa datio testamento, aut inter vivos stipulationibus et pactionibus perfici solet. Ut intelligamus istarum rerum stipulationes, emptiones, conventionesque, omnes ad transferendum comparatas non aliter valere, quam si de re corporali idem factum esset. *L.* 3. in princ. *D. de usufruct. L. via*, 7. *D. de servit. L. si unus, D. de servit. rust. præd.* Sic et actionis nostræ, et hereditatis quæ nobis obvenit, utilis venditio est, omnisque alia conventio earum rerum transferendarum caussa. *tot. Titul. D.* et *C. de her. vel act. vend. L.* 2. *C. de oblig. et act. L. pen. C. quand. fisc. vel priv. L. debitori. C. de pact.*

XXX. Sed et in rebus corporalibus, quæ dari possunt, nihil interest, ut utiliter in conventionem dandi deducantur, sintne promissoris, an alienæ. Etiam aliena res utiliter in stipulatum deducitur. *L. continuus*, 137. §. *illud*. in fin. *D. de verbor. obligat.* Non obstat stipulationi, quod qui rem promittit stipulanti, promittit se daturum, id est omnimodo facturum accipientis. *L. ubi*, §. *ult. D. de verbor. obligat.* Quod qui dominus non est, facere non potest. *L. traditio, D. de acquir. rer. dom. L. nemo plus, D. de reg. jur.* Sane enim promissor quamdiu non est dominus, rem alienam promissam dare non potest. Sed potest dominus fieri eam a domino (13) redimendo. Quod si facit, bene est. Si non facit, sive quod cessat emere, sive quod dominus rogatus non vult vendere, aut nimio vendit, præstabit æstimationem; ut fit in re aliena legata. §. *non solum, Instit. de leg.* Nec dicetur præstatio esse impossibilis, eoque et conventio inutilis, quo casu dominus rem omnino non vendit. Est enim hoc incommodum personæ promissoris, non impedimentum naturale. Ipse enim promissor rem rem dare non potest, quia eam non habet, at ipsa res per se potest dari. Cum quæritur, an quis ideo non teneatur, quia quid præstare non potest, placet inspiciendum esse, non quid ipse non possit, sed quid non possit in totum natura et conditione rei promissæ: ut solum hoc impedimentum quemadmodum impossibilem præstationem facit, ita et solum promissionem inutilem. *L. continuus*, §. *illud, D. de verb. obl.* Similiter et rem alienam distrahere quem posse constat, ut sit ejus rei emptio et venditio. *L. rem alienam. D. de contr. empt.*

XXXI. Sed in emptione quædam res alienæ exceptæ sunt. In hac caussa sunt res furtivæ. Rei furtivæ inutilis venditio est, sive venditor et emptor furtivam sciant, sive (14) emptor solus. Si venditor scit, et

(12) Vendi quoque possunt officia ac militiæ, de quo vid. Cujac. *consul.* 38

(13) Vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 17. Gœd. *de Contr stip. C* 6. *n.* 10. *et seqq.* Fabia. de Monte *Tr. de Empt. Q.* 4. *princip. n.* 7. *et* 2. *seqq.*

(14) Ut magis attendatur emptoris quam venditoris scientia, quia perficit contractum. Mozz. *de Contract. in genere Art.* 7. *n.* 9. *et seqq.*

emptor ignorat, utrinque obligatio contrahitur. *L. si in emptione*, §. *item si. D. de contr. empt.* Sic tamen, ignorante emptore, hic emptio est, non ut præstetur ei res furtiva; alioqui et ipse furtum faceret, si monitus alienam esse, eam contrectaret: sed ut consequatur, quod sua interest deceptum se non esse; ut in liberi hominis, rei sacræ; aut religiosæ venditione fieri diximus. *L. qui officii*, §. 1. *D. de contr. empt.* Excipiendarum harum rerum ratio duplex. Una, quod si scitur has res esse furtivas, iis qui sciunt turpis et flagitiosa venditio est, qui aut dando aut accipiendo furti se alligant. Rei turpis venditio non est, uti nec mandatum, aut societas. *L. quod sæpe*, §. *veneni. D. de contr. empt. L. si remunerandi*, §. *rei turpis*, *D. mand.* Altera ratio, quod rerum furtivarum conditio pugnat cum fine et natura emptionis. Nam in emptione, etsi satis est venditori ad liberationem rem venditam præstare, quamvis dominium non transferat, tantum ut eo nomine obligetur ad evictionem: *L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.* nihilominus tamen id agitur, ut transferatur dominium aut saltem usucapiendi conditio. De qua autem re id agitur, ut neutro modo ad emptorem transeat, ea non potest videri vendita. *L. clavibus*, *L. pen.* §. *ult. D. de contr. empt.* Porro rerum furtivarum neque alienatio est, quia tradenti sunt alienæ; neque usucapio, quia earum rerum usucapio inhibetur. §. *furtivæ*, *Inst. de usuc.* Qua ratione moveor, ut idem putem probari debere de rebus vi possessis, rebus pupilli, et præsidi contra legem Juliam repetundarum datis. Quarum et ipsarum interdicta est usucapio. *d.* §. *furtivæ. L. bonæ*, in princ. *D. de acq. rer. dom.* Ad hanc caussam recte retulerimus frumentum publici canonis, et frumentum quod exercitui mittitur, quorum venditionem severe interdictam legimus pœna capitis adversus vendentes et ementes constituta in *L. pen.* et *L. ult. C. quæ res vend. pos.* Nam et hæc frumenta si tractantur lucri faciendi caussa, fiunt furtiva. Sed accedit ad gravitatem criminis, quod cum sint publice constituta ad rempublicam aut exercitum alendum, sine pernicie reipublicæ fraudari non possunt. Sed hæc de emptione rerum furtivarum, et similium privatarum dicta sunt.

XXXII. Diversa caussa est stipulationis, si quis forte istas res stipulatus sit sibi dari. Nam in verbo dandi inest conditio, ut aut dentur ipsæ, si possunt; quod fiet, cum reversæ in domini potestatem ab illo redemptæ fuerint: aut præstetur æstimatio, ut fit in rebus alienis legatis, quas heres redimere non potest. *d.* §. *non solum*, *Inst. de leg.* Atque hæc rerum conditio est, ut ex hac res utiliter in obligationem deduci possint, aut non possint.

CAP. XXI.

Quæ facta in obligationem deduci non possint. His deductis, quomodo infirmetur conventio, jure ipso, an per exceptionem.

Facta etiam recte et utiliter in stipulationem venire, si ea sint conditione, ut fieri possit. I.
Quominus fieri possint, jus et naturam esse impedimento. II.
Natura fieri non potest. ut qui Romæ cum sit, spondeat hodie Cartagine se soluturum. Inutilis hæc stipulatio. III.
Contraris occurritur. IV.
Jure fieri non possunt quæ sunt contra leges aut bonos mores. V.
Adversus leges facimus, cum quid in verba, aut sententiam legis admittimus. Exempla utriusque. VI.
Contra bonos mores, cum per se et jure naturæ turpia, aut quæ talio habentur jure Civili stipulamur. Quæ sint utriusque generis. VII. et seqq.
Pecuniæ vel cujusque, rei promissio quæ ad delictum quomodcunque pertinet, a jure civili improbatur. Tres id genus species. VIII.
Interdum habet conventio et promissio præteriti delicti præmium. Et quæ sit talis. IX.
Interdum præsentis confirmationem: cum pecunia datur aut accipitur, ut quis a delicto obstineat. Quæ in utroque donte et accipiente notatur turpitudo. X.
Interdum futuri invitamentum. Quæ sit ejusmodi. Quotuplex invitamenti modus ad delinquendum. XI.
Inhonestarum rerum et turpium inutilis stipulatio, et præterea emptio, societas, mandatum; ideoque et pœnæ quæ stipulationi accesserit, nulla debitio. XII.
An id genus stipulationis ipso jure inutiles, an per exceptionem: interest utrum sint contrariæ bonis moribus, an civilibus legibus. XIII.
Quæcumque est contra leges inita stipulatio et conventio ipso jure nulla, nisi sententia legis aliud jubeat. XIV.
Aliud velle atque jubere legis sententiam in Macedoniano et Vellejano SS. CC. et quomodo. XV.
Stipulationes et conventiones initæ contra bonos mores, quandiu tales, omnimodo et semper ipso jure irritæ et inutiles. XVI.
Contraria diluuntur. XVII. XVIII.
Omnia illa facta in stipulationem conditione sua utiliter deduci, quæ, natura et jure permittente, perducuntur in opus. XIX.

I. Hæc de rebus promissis. De factis ad vim conventionis idem jus, atque eædem sunt leges. Etiam facta in stipulatum, et conventionem omnem utilter deducuntur, ut si quid quis promiserit se facturum aut non facturum, obligetur. *§. ult. Inst. de verbor. oblig.* Faciendi exempla sunt in *L. stipulationes non dividuntur*, 72. *D. de verbor. obligat.* Non faciendi in *L.* 2. *§. penult. et ult. L.* 3. *L.* 4. *eod. tit.* Sed hæc omnis rata est conventio eadem conditione, qua eum res dari promittitur; si fieri possit videlicet, quod promittitur. Quod fieri non potest, si promittitur, ea omnis inutilis stipulatio et conventio est. *L. si stipulor.* 35. *D. de. verbor. obligat.* Pertinet enim et hoc ad regulam generalem juris, impossibilium nullam esse obligationem.

II. Fieri aliquid non posse intelligitur dupliciter, et quod natura non potest, et quod non potest jure. Nam et quæ sunt contra leges aut bonos mores, denique quæ honeste facere non possumus, ea nec nos facere posse credendum est, auctore Papiniano. *L. filius*, *D. de condict. inst.* Ideo utriusque generis promissio æque inutilis. *d. L. si stipulor.*

III. Natura fieri non posse dicimus, cui natura impedimento est, quominus existat, ut de impossibili conditione definitio est in *§. si impossibilis, Inst. de inut. stip.* Veluti, si quis promittat se ascensurum in cœlum, et nisi ascenderet, promiserit pœnam. Sed hoc exemplum inusitatius est, neque hoc genus facti inter sanos aut sobrios promitti solet. Illa non est inusitata conventio, ut quis cum esset Romæ, promittat se (1) hodie Carthagine daturum. In qua specie

(1) Si tamen aliquid promissori impossibile, alii autem possibile, rata est stipulatio *L.* 137. *§.* 5. *de Verb. oblig.* ut si utroque pede claudus spondeat se pedibus iturum Ro-

duobus locis traditur stipulationem esse inutilem. *L.* 2 §. *qui ita*, *D. de eo quod certo loc.* et §. *loca*, *Instit. de verbor. obligat.* quo in loco posteriore adjicitur hæc ratio, quia repromissio sit impossibilis. Habet tamen hæc species dubitationem, quam quia conveniebat huic loco explicari, ideo etiam in hac re libentius hoc exemplo sum usus

IV. Contrarium scriptum videtur in *L. insulam*, §. 1. *D. locat.* ubi proponitur in operis locatione convenisse, ut opus intra certum diem effici deberet, intra quod natura non poterat. Placet tamen obligationem contrahi hactenus, ut, die adjecto detracto, detur conductori id spatium ad opus absolvendum, de quo vir bonus æstimasset. Sed nihil hic contrarii. In hoc enim exemplo posteriore duæ sunt conventiones, locatio operis instituti, et conventio de tempore operis perficiendi. Ipsa locatio operis nihil impossibile continet. Ideo et per se valet. Conventio de tempore perficiendi, quia impossibilis, ideo, et inutilis. Quæ res facit, ut et hic dies pro non adjecto habeatur. Neque tamen ideo inutilis locatio: quia detracto adjecto die manet id tempus; quo per rerum naturam opus absolvi potuit. Ac de eo sensisse contrahentes videntur, inter quos apparet id actum esse, ut opus absolveretur. In hac autem stipulatione, hodie Carthagini dabis? non sunt duæ stipulationes, sed una, ut hodie detur, non alio tempore. Sed de eo scripsi plura ad *L. ult.* §. *pen. D. de verbor. oblig.*

V. Jure fieri non possunt, quæ leges fieri prohibent, aut boni mores. Nam et boni mores optima pars sunt juris, ut qui nascuntur ex jure naturali et gentium maxima ex parte. In hoc numero ponuntur in *L.* 6. *C. de pact.*

VI. Rex fieri quid prohibet, sive probibeat aperte verbis, sive tantum legis sententia. Ex quibus in usu juris illud si fiat, dicitur fieri contra legem; hoc magis in fraudem legis. *L. contra*, *L. fraus*, *D. de leg.* Utriusque generis promissio ex æquo inutilis. *L. non dubium*, *C. de legib.* Quæ sint in ea caussa conventiones, ex unaquaque lege sumendum est, quæ sunt innumeræ. Uno, aut altero exemplo contentus ero. Contra legem hæc stipulatio est, si minor viginti annis promittat se servum suum manumissurum, quod lex Ælia Sentia prohibet. §. *eadem*, *Inst. quib. ex caus. man. non lic.* *L.* 1. *D. de man.* In fraudem hujus legis est, si idem minor stipuletur a debitore suo servum debitum manumitti. Qua de caussa et hanc stipulationem inutilem esse placuit. *L. si minor*, 66. *D. de verb. obligat.* Ideo autem in fraudem legis, quia nihil fit adversus verba legis, quæ vetat, ne minor viginti annis dominus servum suum manumittat. Nam debitur non est minor, et id agitur, ut manumittat servum suum, non servum minoris. Sed conventio est adversus legis sententiam. Id autem est in fraudem legis. Hac enim conventione efficitur, ut minor careat servo, qui ejus futurus erat, si ei solutus esset. Legis autem propositum fuit cavere, ne minores facile servorum suorum dominio exciderent propter manumissiones, quas ab illis facile eblandirentur servi

VII. Contra bonos mores sunt stipulationes et conventiones, in quibus promissio seu præstatio est turpis, et cum maleficio conjuncta. *L. si quis inquilinos*, 112. §. *penult. D. de legat.* 1. Hinc turpes stipulationes et conventiones pro eodem, cujus generis placet omnes esse inutiles. *L. generaliter*, 26. *D. de verbor. oblig.* Harum duo sunt genera summa. Quædam sunt, in quibus recta promittit qui se facturum, quod ipsum per se sit turpe. Veluti, si promittat se furtum facturum, hominem occisurum, uxorem ejecturum domo, se patrem non redempturum hostibus. Aut soror promittat fratri se ei nupturam. Quod exemplum est *L. si stipulor*. 35. *de verb. oblig.* Hoc genus conventiones tanquam aperte turpes, et contra bonos mores citra controversiam inutiles esse convenit. *d. L. generaliter*, 26. *L. veluti. seq. de verb. oblig.* At quæ sint facta turpia jure gentium, propemodum omnibus notum est naturæ lege omnium hominum mentibus insita. Unde et eorum ignorantiam obtendere non licet *L. si adulterium*. §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult.* Non sunt in eadem caussa, quæ jure civili tantum turpia habentur. Quo in numero unum genus notandum est, et huc referri debet. Ea est Romanis conventio, qua quis obstringitur, ut aliquam uxorem (2) invitus ducat, aut ductam invitus retineat: aut contra ut

mam, Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 6. *Conclus.* 13. *n.* 174. vid. Sebast. Medic. *de Casib. fort. P.* 1. *C.* 5.

(2) An vero maritus in conventione matrimonii, se, maxime stipulatione poenali, adstringere possit, ut in certa civitate cum uxore habitet? Negant Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 23 Beust. *de matrimon. C.* 32. Covar. *P.* 2. *de matrim. C.* 7. *n.* 6. arg. *L.* 71. §. 2. *de cond. et dem.* vid. Gœdd. *d. C.* 6. *n.* 175.

aliqua invita nubat; aut invita maneat in matrimonio. Libera matrimonia esse Romani honestum putaverunt sive futura, *sive jam* (3) *contracta. Necessitatem* autem contrahendi *retinendive* matrimonii *inhonestam eoque et contra bonos mores. L.* 2. *C.* de inut. stip. *L. Titia*. 134. *D. de verb. obl.* sive quod existimarent matrimonia virtute et amore atque officiis conciliari oportere inter conjuges, sive quod judicarent invitos cogi ad matrimonium inter se contrahendum aut retinendum, magnarum rixarum et multorum malorum caussam esse, ac plenium tristissimi exitus. Ideo etiam pœnam omnem adstringendi matrimonii caussa sive futuri sive jam contracti, inhoneste et contra bonos mores promitti censuerunt. *d. L.* 2. *C. de inut. stip. d. L. Titia, de verbor. obligat.*

VIII. Atque hoc primum genus turpium stipulationum, de quo minor est dubitatio. Est alterum earum, quibus recta promittitur pecunia, et res aliqua juris nostri, quæ honeste per se ut præstari, ita et promitti potest: sed promissio ad delictum aliquod creandum, aut stabiliendum pertinet. Hujus generis tres sunt species, in quibus totidem accidit, ut stipulatio et conventio sit inutilis. Aut enim conventio ejusmodi habet præteriti delicti præmium, aut præsentis et meditati confirmationem, aut invitamentum futuri

IX. Præmium habet delicti præteriti, qua quid promittitur propter delictum jam admissum; veluti, si promittam tibi centum, quia uxorem domo ejeceris, quia hominem occideris. Etiam hanc promissionem inutilem esse placuit; tametsi non invitet delictum, quippe quod jam præteriit. (4) *L. si flagitii*, 123. *D. de verbor. oblig.* Merito. Delictum enim pœna affici oportuit, non præmio. Quinimo publice interfuit potius delictum coercenti. *L. ita vulneratus*, circa fin *D. ad leg. Aquil. L. locatio.* §. *quod illicite*, *D. de publ.* Sed et præmio confirmatur malorum improbitas ad idem magis audendum.

X. Præsentis delicti confirmationem habet omnis conventio, quia alicui turpe quid facere instituenti promittimus (5) pecuniam, ne faciat. Ut, ne hominem occidat, ne quem injuste verberet. De quo genere est in *L. jurisgentium.* §. *si ob maleficium. D. de pact.* et traditum nullam esse obligationem ex hac conventione. Simile est, si cui rem mihi surreptam vel commodatum aut depositum quod a me acceperat, reddere detrectanti, promittam pecuniam, ne reddat. Si quid darem eo nomine, non dubitatur, quin daretur ob turpem caussam, cujus turpitudo versetur in accipiente. *L.* 2. *L. ult. D. de cond. ob turp. caus.* Quare et si quid promittetur eadem de caussa, ob turpem caussam promitti intelligendum est. Est enim hic promissi eadem turpitudo. Quæ res facit, ut quanvis a maleficio abstinueris re vera, aut commodatum, et depositum reddideris, ut volebam, nihilominus tibi obliger ex superiore conventione. *L. penult. D. eod.* Quid ergo in his factis turpe; cum sit honestum potius maleficium non facere, commodatum et depositum reddere? Turpitudo hæc est,

(3) Libere contrahi matrimonia est utique moribus omnium gentium, ideoque rationi, atque honestati maxime consentaneum. At eadem contracta dissolvi pro libidine contrahentium, idque jus honestumque velle, contrariamque necessitatem bonis moribus adversari quis cordatus asserat, nisi cum ratione insaniat? Fuerit hæc apud Romanos illorum morum et temporum consuetudo, quorum nimiam licentiam libero et gravi stilo perstringens Tertullianus, *Apolog. Cap.* 6. ad prisca Romanæ Reipub. tempora ac mores ita provocat: *Ubi est illa felicitas matrimoniorum de moribus utique prosperata, qua per annos ferme sexcentos ab Urbe condita nulla repudium domus scripsit. Nunc in feminis præ auro nullum leve est membrum; præ vino nullum liberum est osculum: repudium vero jam est votum, et quasi matrimonii fructus.* Utcunque tamen ea de re statuant Romanorum leges, lubet usurpare quod vere et graviter in hanc eamdem sententiam scripsit D. Hieronymus: *aliæ sunt leges Cæsarum; aliæ Christi: aliud Papinianus; aliud Paulus noster præcepit.* Porro sanctissima Christianorum Religio, quæ matrimonii conjunctionem, *Sacramenti* dignitate et sanctimonia consecratam decoratamque e Christo domino accepit; dissolvendi matrimonii libertatem, ut nefariam atque impiam detestatur: et Conjugii vinculum, quod nulla lex humana frangere valeat, firmissimum et insolubile divino oraculo edocta profitetur. Concil. Trident. *Sess.* 24. *Can.* 7. Vid. Emin. Bellarmin. *de Matrimon. Sacram. Controv.* 5. *Cap.* 16. Cl. Laur. Berti De Theologic. Discipl. *Lib.* 37. *Cap.* 5.

(4) Flagitium in *L.* 123. specialiter significat stuprum. Cujac. *ibid.* ut alibi *L.* 1. *in fin. de extr. crimin.* Paul. 4. *Sent.* 8. §. 15. Apulei. *Lib.* 8. *Metamorph.* Et flagitare significat vitium inferre seu stuprare in *L.* 2. §. *pen. de priv. delict.* Festus *Lib.* 9. Forner. 2. *Select.* 11. Rævard. 1. *Conject.* 5. *et ad L.* 130. *de reg. Jur.* Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 30. Fopp. ab Æzema. 1. *Dissert. ultim.*

(5) Non pactis, sed pudore et officio ac legum metu a maleficiis temperare decet, Hotom. *ad L.* 7. §. 3. *de pact.*

quod hoc ipsum turpe est accipere velle, ut ista facias, quæ gratis et sponte a te præstari oportebat. Sic enim ostendis, nisi quid accipias, te maleficium facturum, te commodatum aut depositum non redditurum. Hanc cogitationem, et propositum malum promissione mea confirmo, duo quantum in me est, concedo tibi facere, nisi accipias: ac propterea ne facias, improbæ petitioni tuæ morem gero vel dando, vel promittendo.

XI. Invitamentum delicti futuri habere eas conventiones dicimus, in quibus lucri aut commodi alicujus promissi spes creditorem ad delinquendum invitat. Hujus generis omnes et turpem caussam habere, et ob id non esse servandas receptum est. *L. si unus*, *§. pacta*, *D. de pact. L. illud. D. de pact. dot.* Fit autem dupliciter, ut conventio incitamentum in se habeat delicti. Uno modo, cum aperte et consilio paciscentium aliquid promittitur ob turpem caussam, seu ea gratia, ut turpe aliquid fiat. Altero, cum abest a conventione, et cogitatione contrahentium omnis delicti significatio: res autem ipsa in sese eam illecebram delicti habet. Prioris generis conventio quæ sit, non est obscurum. Ea est hujusmodi, si, puta, promittam tibi, ut lenocinium facias, ubi tu spe promissi invitaris, ut facias. Hujusmodi conventiones ut ad delictum invitandum aperte comparatas pro certo est non esse servandas, quanvis tu promissum feceris. *L. mercalem*, *C. de de cond. ob turp. caus. L. penult. D. eod. L. si flagitii*, 123. *D. de verbor. obligat.* Quæ autem conventiones cum a cogitato aut significato delicto absint; tamen re ipsa ad delinquendum invitent, et eo nomine improbentur, non similiter certum est: ratione et auctoritate jurisprudentium constat. Sunt autem ex hoc genere improbatæ veteribus duæ, quarum improbandarum rationem ad hanc partem referri oportet. Una, cum quis promittit alicui se eum (6) heredem facturum. Placet hanc conventionem tanquam contra bonos mores factam, nullius esse momenti. *L. stipulatio hoc modo*, 61. *D. de verbor. obligat. L. ex eo. C. de inutil. stipul.* Et tamen nihil hic amplius turpis caussæ adjectum est, nec ipsum per se turpe est aliquem heredem facere. Sed ipsa conditio rei promissæ invitat per se delictum, quantumvis nihil a principio tale cogitarit etiam is qui curavit sibi id promittendum. Hic enim promittitur commodum hereditatis, quod multos permovet. Habet autem id hanc condi-

(6) Locus hic sese latissimum offert dicendi de pactis, ut vocant, successoriis. Sed et ex commentariis Donelli nostri ad *L. ult. C. de pact.* quædam de iisdem referre et hic prætermissa supplere facile esset. Sed festinandum mihi video, simulque verendum ne si ubique immorari vellem in accersendis iis, quæ Donellus in his Commentariis non plene persequitur, sed nodo attingit, justo major reddatur prior pars hujus epitomes. Adest, cui lubet, sitim suam in hac materia expleturus, præter Auctores qui ex professo eam tractent, quorum novissimus Barthol. Musculus *de Success. convent. et anomala*, (illos referam quos ipse adii antea, neque alium unquam soleo) Cores. 6. *Miscel.* 9 *et Epist. QQ. C.* 32. P. Gregor. 41. *Synt.* 3. *et seqq.* Forst. *Lib.* 4. *de Success. Cap.* 24. *n.* 5. *et seqq.* Jo. Danth. *de Testam. n.* 84. *et seqq.* P. Ant. de Petra *de Fideicom ex prohib. aliena. Q.* 4. Fachin. 5. *Contr.* 84. *et seqq.* P. Heig. *P.* 1. *Q.* 23. Thoming. *Decis.* 57. Goed. *ad L.* 3. *de V. S. n.* 38. *et seq.* et de *Contr. stip. C.* 6. *Conclus.* 7. *n.* 60. *et seqq.* Borch. *de Gradib. pag.* 158. *et seqq.* Val. Guil. Forst. *de Pact. Cap.* 6. *pag.* 147. *et seqq.* Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 1. *et* 7. *seqq.* An juramento confirmentur tractant Donellus noster ad *d. L. ultim. n.* 11. id negans, et A. Fab. 12. *Err. Pragm.* 3. Vasq. 3. *Contr. usufreq.* 58. *n.* 40. Tesaur. *Decis.* 225. *n.* 6. qui distinguit, et Jorem. Setser. *Lib* 2. *de Juram. C.* 5. An consuetudine? Gilken. *de Præscrips. P.* 3. *Cap.* 3. *n.* 99. *et seqq.* loquens tamen potissimum de cooptatione liberorum. De pactis de non succedendo, seu renunciationibus hereditatis Covar. *in Cap. quamvis de pact. in* 6. *P.* 3. *relect.* Vasq. *Lib.* 2. *de Success. creat.* §. 18. *et* 3. *Contr. usu freq.* 43. *et* 2. *seqq.* Gomez. *in L. Tauri* 22. Benst *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 223. *et seqq.* M. Anton. Cucch. *Tr. de Legitima pag.* 378. *et seqq.* A. Fab. 12. *Decade Error. Pragm.* 3. *et seq. et Decade* 13. *et* 14. *passim.* Bart. Musculus *d. Tr. Membro* 2. *Cl.* 1. *Conclus.* 4. De hujusmodi renunciatione jurata, præterea Ant. Fab. 41. *Error. Pragmat.* 5. Fachin. 3. *Contr.* 22. *et in seqq.* de aliis ad materiam *Cap. quamvis de pact. in* 6. spectantibus. De renunciatione filiæ dote accepta Fachin. 8. *Contr.* 69. *et* 2. *seqq.* Ant. Fab. 13. *Conject.* 13. De renunciatione legitimæ Chiflet. *de Portion. legitim. C.* 16. *pag.* 845. *et seq.* De pactis principum gentilitiis, Heig. *d. Quæst.* 23. Revsner. *Lib.* 1. *Consult.* 3. Andr. Knich. *de Saxon. non provoc. jure verbo Electorum. Cap.* 2. *n.* 60. *et seqq.* quæ ideo valere tradit *n.* 94. *et seqq.* quia inter milites pacta de mutua successione licita. *L.* 19. *C. de pact.* Principes autem imperii semper militant, et n. 98. *ac seqq.* quia ratio prohibitionis, quod stulti sint qui inter vivos de hereditate sibi prospiciunt, libertati testandi renunciantes, sibique insidias creantes, esset in feudis, de quibus testari non licet.

tionem, cum promissor mortuus erit. Ea re fiet, ut is cui promissum est, optet illum mori, quo citius hereditate potiatur. Hoc desiderium etiam (7) votum improbabile captandæ mortis ingenerare poterit. In quo jam manifesti delicti incitamentum cernitur. Significatur hæc ratio in *L. de fideicommisso. C. de trans. L. ult. C. de pact.* Altera conventio est, cum quis advocato, aut procuratori litis, qui et ipse advocati nomine continetur, promittit non pecuniam certam salarii nomine, sed certam partem eventus litis, seu certam partem commodi, quod partum erit ex victoria: ut si ita promittam, si vinco, cedet tibi tertia, vel dimidia pars emolumenti. Hanc quoque conventionem tanquam bonis moribus repugnantem inutilem esse placuit. *L.* 1. *§. si cui, D. de extraord. cognit. L. sumptus, D. de pact. L. salarium*, 17. *D. mand.* Hoc ideo, quod advocatus id lucrum propositum habens dumtaxat ex victoria, finget et molietur quidvis, ut vincat, quo jure, quave injuria, quo ex victoria speratam prædam auferat. Scitur autem satis, quam variæ et multiplices sint artes improbis hominibus in captionibus judiciorum exercitatis ad jus adversarii subvertendum, ubi aliquid uberius ex ea re sperare cœperint.

XII. Hæc sententia de illicitis, et turpibus conventionibus, qua placere diximus has esse inutiles, generalis est, pertinetque non ad stipulationes tantum; quarum maxime exemplis usi sumus: sed etiam ad omnes alias conventiones, ac præcipue ad contractus jurisgentium, qui consensu solo perficiuntur, qui iidem sunt bonæ fidei. Hinc illa; rei turpis, et inhonestæ nullum esse mandatum; nullam societatem aut communionem; nullam emptionem et venditionem. De mandato est in *L.* 6. *§. rei turpis, D. mand. §. illud, Institut. eod.* De societate et communione in *L. quod autem. L. nec prætermittendum. D. pro soc. L.* 1. *§. plane, D. de tut. et rat. distrah.* De emptione et venditione in *L. quod sæpe, §. veneni, D. de contr. empt.* Has conventiones cum non valere dicimus, non modo ipsas per se principales superiores non valere, ut ex his promissum, aut id quod interest, peti possit: sed ne pœnam quidem deberi, si adjecta sit, ni illa fierent: scilicet quia et pœnæ stipulatio turpis est et illicita, quæ rei turpi et illicitæ subjecta est. Huc enim spectat, ut vinculo pœnæ obstringat faciendi necessitatem. Hoc de pœna istarum conventionum licet animadvertere traditum, et exemplis illustratum in his locis. *L. stipulatio hoc modo*, 61. *L. Titia*, 134. in pr. *D. de verb. obl. L.* 2. *C. de inut. stip.*

XIII. Quæsitum est, utrum hujus generis stipulationes ipso jure inutiles sint, an vero ita jure valeant, ut infirmentur tantum per exceptionem. Quæstio explicatu indigens, quia videntur de eo dissentientia esse scripta a veteribus. De quo etsi scripsi alias et ad *L. pacta*, 6. in extremo, *C. de pact.* et fusius ad *L. generaliter*. 26. *D. de verbor. obligatnib.* tamen hoc loco conabor brevius et dilucidius tradere. Alia caussa est earum con-

(7) Hæc ratio vulgo adferri solet, ut et illa quod homini libero libera facultas testandi non sit adimenda. Quod huc absurdissime trahi scribit Wes. *Cons.* 71. *n.* 71. quia etiamsi valerent, non aliter tamen, quam in vim ultimæ voluntatis sustentarentur, adeoque mutari et revocari possent. Sane genuina, et, si non unica, certe præcipua hujus improbationis ratio mihi semper visa est; quæ habetur in *L.* 5. *C. de pact. convent.* et traditur a Wes. *d. loc. n.* 8. *et* 9. Tessaur. *Decis.* 225. *n.* 2. Heig. *d. Q.* 23. *n.* 9. Fachin. 5. *Contr.* 84. *in fin.* quia pactis hereditas non datur, id est, quia alii modi solemnes res suas post mortem relinquendi instituti sunt. Propterea novos, nec legum auctoribus receptos aut cognitos, excogitare non licet. Eadem enim solemnia postularet ejusmodi pactum, in effectu idem quod testamentum disponens, ejusdemque momenti ac præjudicii. Alioqui leges testamentarias de solemni ritu et observatione eludere promptum esset. Atqui de illis pactorum solemnibus nulla lex aut constitutio, nec res naturæ plene diversæ, pactum et ultima voluntas, confundendæ. Quibus addi potest, quod aliss injuris fieret legitimis heredibus, quibus successio auferretur; nec ipsi contravenire possent, nulla legum querela aut remedio, ad infirmandum istiusmodi pactum, prodito. Sic sæpe alienis opibus inhiantes, si ultimam voluntatem ementiri non auderent, pactum de successione sibi relinquenda se cum defuncto iniisse, post illius obitum, cum voluntas ejus explorari amplius nequit, fingerent, ac emendicatis duorum triumve testium suffragiis, vel falso efficto instrumento, probarent. Denique mox retinendus est fidelissime vetustatis *L.* 18. *C. de testament.* ac certis formulis conclusa facultas de successione disponendi, extra quas nihil agitur. Non obstat *L.* 15. *de pact.* qua superior vulgata DD. ratio contineri videtur. Nam, puto, ibi duplicem quæstionem decidi, quod series sermonis arguit. 1.° An tale pactum obligationem producat. 2.° An si non producat, eo facto sibi paciscens jus testandi ademerit, tanquam qui se indignum reddiderit legis beneficio, quo ipse uti detrectavit, novo et peculiari sibi invento. Ad utramque quæstionem negative respondetur.

ventionum, quæ sunt contra leges; alia turpium, et earum quæ sunt contra bonos mores. Priores inutiles ipso jure, exceptis duabus. Posteriores ipso jure inutiles sine exceptione, quandiu tales esse constabit ex genere conventionis.

XIV. Quæcumque conventio est contra leges, aut in fraudem legum, nisi quid aliud appareat de sententia legis, ea ipso jure est inutilis: quia quod fit lege prohibente, placet pro infecto haberi. *L. non dubium*, *C. de legib.* congruit *L. jurisgentium*, *§. si paciscar*, *D. de pact.* Sed hoc ita est, inquam, nisi appareat aliud sensisse legem, quæ quid fieri aut contrahi vetuit. Nam hoc cum fit, quæstio tollitur, et legi standum est.

XV. Sunt autem quædam senatusconsulta ita scripta, ut cum prohibeant quid geri inter aliquos; tamen patiantur inde obligationem nasci summo jure, sed auxilium adferant per exceptionem. Ea senatusconsulta sunt duo. Macedonianum de pecunia filiofamilias credita, et Vellejanum de intercessionibus mulierum. Macedonianum non vult pecuniam credi filiofamilias: verum ita, non ut vetet recta credi, sed ut si credita sit, jubeat sine effectu esse mutuum. Tantum enim cavit, ne eo nomine actio petitiove daretur. *L. 1. D. de senat. Macedon.* Idem cautum Vellejano de mulierum intercessionibus. *L. 2. D. de senat. Vellejan.* Unde intelligitur est, non sic istud mutuum, et istas intercessiones prohiberi, ut ipso jure non valeant, sed ut cum jure summo processerint, et tamen placeat non esse servanda: fiat quod est reliquum, ut in re aperta denegetur actio, in re dubia sic detur, ut detur cum exceptione, ut est in *L. nam postea*, *D. de jur.* Ex quo exceptio Macedoniani, et Vellejani in his caussis; quæ tamen intervenisse dicuntur contra utrumque senatusconsultum. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* Neque tamen hæc adversus regulam generalem *d. L. non dubium*, *C. de legib.* qua placet quidquid paciscimur contra jus, esse inutile, et pro infecto haberi. Proprie enim nihil istorum est contra jus, seu contra senatusconsultum, quando hæc fieri non vetantur, sed his contractis datur adversus petentem exceptio. Nec abs re, quod id ita factum est in his caussis. Nam præterquam quod non sunt per se caussæ turpes, ut propterea prohiberi debuerint: etiam multa in utroque genere incidunt, propter quæ et obligetur filiusfamilias ex pecunia credita, et mulier propter intercessionem. De quibus et judicium constitui necesse est, et disceptari per exceptionem.

XVI. Quod attinet ad turpes conventiones, quæ eædem sunt contra bonos mores, non dubitabimus definire generaliter et sine exceptione, quod supra, omnes (8) ipso jure non valere. Neque enim aliud significantur, cum dicuntur aperte nullius esse momenti, item esse inutiles, quæ verba sunt *L. generaliter*, 26. *stipulatio hoc modo*, 61. *D. de verbor. oblig.* Id quod si dicitur de iis, quæ sunt contra leges et constitutiones, *L. non dubium C. de legib.* multo magis de turpibus dicendum est, quæ sunt adversus jus gentium, idest contra legem Dei inscriptam omnium hominum cordibus, perpetuam et immutabilem.

XVII. Hic tamen loci duo dubitationem afferunt, de quibus breviter dicam. Primum *L. Titia*, in princ *D. de verb. obligat.* ubi proponitur vir habens filiam cum muliere quæ filium habebat, in matrimonium coiisse, et tempore matrimonii consensisse, ut filia mariti desponderetur uxoris filio, et adjecta pœna, si quis eorum parentum impedimento fuisset nuptiis. Respondit Scævola, quamvis filia noluisset nubere, tamen pœnam, quæ non secundum bonos mores interposita esset, non deberi: petenti autem exceptionem doli mali obstaturam. Sed non est hæc stipulatio recta contra bonos mores. Ideo Scævola non dicit esse contra bonos mores, sed non esse secundum bonos mores. Id autem ita intelligere possumus. Ea pœnæ stipulatio in matrimoniis contrahendis sola existimatur contra bonos mores, quæ libertatem matrimonii jungendi aut solvendi impedit. *L. 2. C. de inut. stipul.* Superior stipulatio non est ejusmodi. Non enim interposita est inter conjuges, qui libere possunt non contrahere nuptias, juncti possunt alter ab altero discedere. Nec metuent pœnam, qui eam invicem non promiserunt. Pœna ad parentes tantum pertinet, qui nuptias cogere, aut inter invitos retinere non potuerunt. Sed tamen ideo videtur stipulatio non esse secundum bonos mores, quia prope est, ut eumdem exitum habeat, atque si

(8) Cujac. *ad L. 26. de Verb. Oblig.* Pac. 7. Q. 28. ita distinguunt: De vi stipulationis turpis aut quæritur de jure civili, et non parit actionem generaliter *L. 5. C. de LL.* aut de jure Prætorio; et aut constat de turpitudine, et denegatur actio; aut de ea non certo liquet, et datur actio cum exceptione *d. L. pen. de cond. ob. turp. cau.* arg. *L. 9. pr. de jurejur.* Ex g. Si quis stipuletur eam sibi nupturam, de qua dubitatur an soror sit nec ne.

inter ipsos conjugea esset interposita. Verisimile est enim fore, ut liberi metuentes, ne parentes in pœnam incidant, ultro subeant et retineant nuptias, quas alioqui subituri, aut retenturi non essent. Hinc obligatio summo jure nata; sed quæ infirmetur per exceptionem.

XVIII. Alter locus contrarius est *L. penult. D. de cond. ob turpem caus.* ubi Paulus ita scribit: *si quid promissum sit ob turpem caussam Titio, quamvis si Titius petat, exceptione doli aut in factum summoveri possit: tamen ex ea caussa solutum repeti non posse.* His verbis vix est, ut Paulus de alia stipulatione loqui intelligatur, quam de turpi. Nam cum quid aperte promittitur ob turpem caussam, veluti ut lenocinium facias, nemo dubitat quin sit turpis et flagitiosa conventio. *L. mercalem, D. de cond. ob turpem caus.* Hic tamen Paulus ait petentem exceptione summoveri posse. Sed non omnis stipulatio, qua quid promittitur ob turpem caussam, conceptione ipsa est turpis. Tunc turpis est, cum nominatim caussam turpitudinis in se comprehensam habet. Quod fit, cum non simpliciter quid promittitur, sed nominatim adjecta caussa, ut turpe quid facias. Quod si simpliciter tibi promittam centum, nulla caussa turpi expressa; quanvis in re ipsa hæc sit promittendi caussa inter nos, ut turpe aliquid facias, tamen non potest dici stipulatio, quæ ex conceptione sua æstimatur, dici turpis, cujus conceptio tota nihil habet turpitudinis. Neque eo minus tamen recte dicetur promissum a me esse ob turpem causssam. Prior stipulatio, ut per se turpis, ita jure ipso inutilis. *d. L. mercalem: C. de condict. ob turpem caus.* Posterior ut conceptione ipsa turpe nihil habet, ita dici nihil potest, cur jure summo non valeat. Sed quia in re, et caussa externa promittendi inest turpitudo, ideo exceptione extrinsecus nata removetur. Ad hanc speciem aptandum est responsum Pauli in *d. L. penul. D. de cond. ob turpem caus.* quatenus vult petentem ex ea stipulatione exceptione removeri posse, ut et Bartolus recte sensit. Non adversantur verba Pauli, ne quis hic divinare nos dicat. Hæc enim verba quibus Paulus utitur, quanvis si Titius petat, exceptione summovere eum promissor possit, non sunt affirmantis, et definientis in universum id jus esse, cum quid quovis modo ob turpem caussam prumissum est; sed offerentis orationem per concessionem; et hanc significationem habent: quanvis inciderit ea species, ut Titius in hac caussa exceptione summoveri possit. Non nego verba si per se spectentur, generaliter sic accipi posse, quasi ex omni stipulatione, qua quid ob turpem caussam etiam nominatim promissum sit, actio exceptione removeatur. Sed nihilominus et in alteram partem, quam diximus, significatio optime congruit. Sic fit, ut si nihil aliud, certe superiore interpretatione hoc obtineamus, orationem hic esse ambiguam. Quo admisso res huc redit, ut quæratur, utra potius significatio accipienda sit. In quo habemus ex præceptis juris, quod sequamur, quæ dictant in ambigua voce legis eam significationem sumendam, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* de quo vide plura in commentariis ad *L. generaliter. D. de verb. oblig.*

XIX. Atque hæc sunt, quæ fieri non posse dicimus, eaque de caussa inutiliter in conventionem deduci. Sequitur igitur, ut ea fieri posse intelligamus, in quibus utrumque concurrat, ut possint fieri et permittente natura, et jure. In quo illud notandum est, jure concessum aliquid existimari debere, non si lex nominatim permittat, sed si non prohibeat. *L. nec non. §. quod ejus, D. ex quib. cau. majo.* Quæ autem prohibeantur jure, supra diximus. Unde intelligitur reliqua esse ea, quæ non prohibeantur, eoque et intelligantur concessa. Omnia ejusmodi, ut in stipulatum et conventionem omnem conditione sua (9) utiliter deducantur.

(8) Vid. Gœd. *de Contr. stip. C. 6. con. cl. 12.*

C A P. XXII.

De personis contrahentium. Ac primum qui quibus de caussis ex persona sua obligari non possint ex contractu.

Transitio. Ad contractum perficiendum necessaria persona. I.

Persona duplex aut promittentis, aut ejus cui promittitur. De hac alibi: prior illa aut conditione sua, aut caussa aliqua ad contrahendum inepta. II.

Conditione sua servi. Horum obligatio ex jure civili nulla, etiam post manumissionem, nisi propter ipsam manumissionem secuta. III.

Caussa extrinsecus adveniente a contrahendo removentur liberi homines. IV.

Caussa illa accidit aut rerum ad contrahendum necessariarum defectu, aut per juris indulgentiam. V.

Res ad contrahendum necessariæ: consensus; et libera rerum suarum administratio. VI.

Consensus inopia ad contrahendum inhabiles furiosi, mentecapti, infantes, et prodigi, quatenus tales. Horum discrimen a reliquis. VII.

Administrationem adimunt ætas, et corporis vitium vel morbus. VIII.

Ætas pupillis et minoribus; vitium corporis mutis, cæcis, et perpetuo morbo laborantibus. IX.

Pupilli nihil gerunt et administrant, adeoque nec contrahunt nec obligantur jure civili, nisi auctore tutore; sine illo tamen acquirere possunt, et alios obligant. X. XI.

Contrariis occurritur. XII.

Quando pupillus naturaliter obligetur. XIII.

Adolescentes sine curatore, non obligantur; si illum habent: secus si eo careant; ratio differentiæ. XIV.

Tentatur L. 101. D. de V. O. *conciliatio.* XV.

Item corporis vitio laborantes. XVI.

Rerum stipulationi necessariarum defectu nec mutus nec surdus stipulationem contrahunt; et quomodo. XVII.

Mutuum a litigatore, aut argentario judici datum ad impedimenta superiora ex judicis persona non pertinet; et quare. XVIII.

Summa et conclusio. XIX.

Juris indulgentia nec filius familias ex accepto mutuo, nec mulier ex sua intercessione obligantur. Macedoniani et Vellejani S. C. tractatio quare hic omissa. XX.

I. Uti sunt res quatuor a nobis propositæ, quibus omnis contractus constaret; de tribus illis prioribus a nobis dictum est, conventione primum, et consensu; deinde de fine contractus; tum de rebus et factis promissis, quatenus hæc jure valeant ad obligationem contrahendam, aut secus constituta quam jure oportet, quatenus obstent obligationi. Restant personæ contrahentium, quibus maxime constat et perficitur omnis conventio; propter quas easdem sæpe fit, ne obligatio contrahatur. Non statim vero qui quid promisit, obligatur, quanvis superiora illa omnia ita concurrant, ut jure comparata esse debere diximus ad obligationem.

II. Quominus quis obligetur ex contractu, aut ex persona ipsius promittentis accidit; aut ex persona ejus, cui promittitur. Ex persona promittentis, si is per se obligari non potest. Ex persona ejus, cui promittitur, si est is, per quem obligatio non possit acquiri ex contractu neque ipsi, neque per eum alteri. Quominus quis contrahendo ex persona sua obligetur, aut conditione ipsa personæ efficitur, aut caussa aliqua interveniente extrinsecus.

III. Personæ conditio obligationem impedit in his, qui quanvis alioqui intelligentes et omnium rerum quas fert contractus, capaces, tamen eo sunt statu personæ, ut adversus eos in universum actio esse, et judicium consistere non possit, neque ex contractu, neque ex alia quavis caussa. Hi sunt servi jure Romano. *L. servus, C. de jud.* Itaque de horum obligatione ita jus est. Servi ex contractibus suis (1) naturaliter et obli-

(1) *L.* 41. *de pecul. L. naturaliter* 13. *de cond. ind.* etiam domino suo *L.* 5. §. ult. *L.* 9. §. 2. *de pecul.* Et vere quidem ex æquitate naturali, quia conditio servilis caus-

gantur, et obligant. *L. servi*, *D. de obl. et act.* Natura enim omnes homines æquales sunt. *L. quod attinet*, *D. de regul. jur. L.* 4. *D. de just. et jur.* Civiliter autem nullo ex contractu, nullove facto suo extra maleficii caussam obligantur, *d. L. servi*. Quippe qui ita sint jure civili, ut hoc jure pro nullis habeantur, *d. L. quod attinet. D. de reg. jur.* Quod non eam significationem habet, quasi non teneantur servi, quandiu servi sunt; quod quidem dubitationem non habet, cum eo tempore nihil habeant suum, quod possint præstare. *§. item vobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Ac nec quidquam cum his judicio agi possit, quos pro nullis esse diximus. *L. servus*. *C de jud.* Sed eo pertinet, ut intelligatur, nullam hic obligationem esse, et quanvis servus sit manu-

sa perfidiæ justa non est, ut belle Govean. *ad L.* 1. *§.* 17 *ad L. Falc. n.* 7. Nam quod Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 21. *§.* 2. *de fidei*, scribit leges delictis positas tenere servos, quia a quovis exigitur ne delinquat; leges contractuum non tenere, quia fides in rebus contrahendis non exigatur a servo, cui vix unquam sincera fides; Ac de se queri debere, qui ejus fidem sequitur, quis probet, quis etiam refelli dignum putet? Cumque una sit obligatio naturalis ex æquitate sola metienda, vid. *supra Cap.* 2. *n.* 2. non accedendum iis, qui jure quidem naturali, seu, ut alii, gentium primævo, obligari concedunt, jure autem gentium secundario negant, quia et eo servitus inducta sit et status servorum annihilatus, ut Castr. *ad L.* 1. *de pact. n.* 2. Dec. *in L.* 22. *de R. I. n.* 1. Cagnol. *ibid.* Vacon. 1. *Declar.* 17. *n.* 7. Hopper. *Lib.* 4. *πιθανῶν pag.* Cujac. *ad leg.* 32. *de R. J.* Quod refellit Vasq. 1. *Ill. Contr.* 10. *n.* 17. *et* 2. *seq.* ubi et *n.* 12. jure civili statum fuisse annihilatum servorum ex toto, non omnium gentium moribus, ostendit. Quid quod Alc. *Lib. de* 3 *ped. præscript. n.* 104. *et seq. et in L.* 1. *§. de acq. poss. n.* 30. jure gentium servos non multum a liberis differre asserat: Habere, eo jure, legitimam personam standi in judicio, militiæ nomen dare posse, dominia improlibus succedere, bona propria habere, ex Jobi 31. *v.* 13. Genes. 14. *v.* 14. *et C.* 15. *v.* 3. 2 *Reg.* 9. *v.* 10. *et Cap.* 16. Quæ tamen pinguiuscule dicta videri possunt. Sed nec Connano 2. *Comm.* 3. assentior, qui in *d. L.* 41. *de pecul. et P.* 32. *de R. J.* jus gentium civilis appellatione contineri sentit, et quia legibus comprobatur et quia, quatenus institutio hominum, non natura constat, instar sit juris civilis, ad jus naturæ relatum, ubi et *n.* 8. quæ a jure gentium venit obligatio jus continere et civilem nominari, quia a lege civili comprobata. *Ibid.* naturaliter obligari servum id esse, quod vulgo de pacto per *L.* 41. *de pec.* et arg. *L.* 9. *§.* 6. *eo.* Ideo si factum aliquod servi intervenit, mutuando, accipiendo, ubi vere aliquid facit servus, gigni naturalem obligationem, nec factum præstitum revocari posse, ideoque nec condici solutum, *L.* 13. *de cond. ind.* quia factum facto rependit. Et fidejussorem obligari, quia subsistit res obligationis. Ubi autem nullum factum intervenit, ut si stipulatione vel nudo pacto se adstrinxit, item si emit antequam traditio facta, nihil obligationis oritur, quia nihil factum quod obligationi naturali caussam seu materiam præstet. Hinc rationem petit, cur ex fidejussione servus non obligetur *L.* 20. *de fidei.* quia nullum factum et naturalis actus intervenit, si nihil aliud quam fidejussit. Ita Connanus, qui et urget verba *L.* 22 *de R. I. nulla obligatio.* Cumque DD. respondeant nulla scilicet civilis; hoc est, regerit Connanus, nodum abscindere non dissolvere. Atqui et leges quæ naturalem obligationem servis tribuunt, indefinite loquuntur, et si vocula *nulla* omnem obligationem excludit, nec debuit Connanus eam ullo casu admittere. Recte vero Ulp. *in leg.* 41. *de pec.* factum hic magis demonstrari. Sed nunquid sola traditio et acceptio, similesque actus, factorum nomine veniunt. Nonne et venditio facti *L.* 7. *§. ult. de Cur. fur.* et generatim omnes contractus. Quod si strictius verbum faciendi acceptum velis, necesse est ut dationem excludas, vid. *supra Cap.* 2. *N.* 1. Quidni autem pro servo, quocumque modo contrahente, utiliter accedat fidejussor. Hoc vero vult IC. *d. L.* 41 hic nos non tam respicere effectus juris civilis quam attendere quid revera actum, gestum, contractumve sit a servo, quid cum ex facto suo præstare æquum conveniens. Anne factum aliquod sub sensum cadens, et sui indicium post se reliquens, magis caussam præstat obligationi naturali, quam vel consensus vel æquitas naturalis? Nihil obstat *d. L.* 20. *de fidei.* Obligari fidejussoris nomine nequit; scilicet efficaciter et ita ut domino noceat, cui cum nullum ex ea cautione commodum obvenire queat, nec damno illum allici ex facto servi æquum est. Obstrictus tamen servus ut præstet, si potest, sine domini fraude. Nec enim aliud æquitas, ex qua omne hoc metimur, vel exigit vel patitur. Unde si ex caussa peculiari fidejussit, quatenus ex peculio solvit, nulla repetitio *L.* 19. *de fidei.* quia nec hic ulla fraus domini. Denique venditionem inter dominum et servum naturaliter consistere probat *L. pro emptore.* Nec certe Gœd. *in L.* 26. *de V. S. n.* 11. ut reprehendat Julianum, quam a calumnia vindicavi *supra Lib.* 5. *Cap.* 25. *n.* 7. jure naturali inter dominum et servum non consistere obligationem extra caussam peculiarem, vid. et Gomez. 2. *Res.* 1. *n.* 3. Gifan. *ad L.* 14. *de O. et A. n.* 5. *et* 3. *seqq.* Cæterum DD. servis comparant monachos, quia suum velle ac nolle non habeant. Sed Duarenus *de Cond. ind. C.* 6. *f.* 909. Experimur, ait, monachos et velle cum edendum ac potandum est, et nolle cum jejunandum.

missum ex (2) ante gesto, et facto suo præcedente non teneri. Quæ summa est totius *Tit. C. an servus pro suo fact. post manum. teneo*. Idem in *L. cum actum*, *D. de negot. gest.* Una hic exceptio est, nisi quid servus domino promiserit ob manumissionem, quo casu in eum manumissum eo nomine actionem in factum dari placet, *L. 3. C. eod. tit.* Adeoque hoc verum est, servum ex contractu ex negotio a se gesto non teneri, ut si liber contraxerit, deinde ex suis caussis redigatur in servitutem, puta libertus ob ingratitudinem, statim obligatio extinguatur; et si idem restitutus forte sit postea indulgentia principis, tamen non redeat in obligationem semel liberatus. *L. servus effectus. D. de obl gat. et action.* Prius ideo, quia cum servus effectus est, venit in eum casum obligatio, a quo incipere non posse eam ante posuimus. Quo modo obligationes omnes interire solent. *L. pro parte, D. de serv.* Posterius ideo, quia exstincta semel obligatio amplius non revocatur. *L. Mævius*, 66. *§ primo*, *D. de legat. 2. L. qui res*, 98. *§. aream*, *D. de solut.* De quo in genere liberationum et solutionum dicendum est. Quæ sit servorum obligatio ex maleficiis, etiam tum dicetur in noxalibus actionibus.

IV. Liberorum hominum longe alia conditio est. De quibus sic generaliter definiendum est, nunquam conditio personæ sola promittenti obstat, quominus liber recte obligetur. Argumento est certissimo, et quod unum hic esse debet pro omnibus. Nam si quis est inter liberos, cujus sit prater cæteros imminuta libertas, is est filiusfamilias. Hic conditione et jure potestatis non multum differt a servo. Est enim ita in potestate patris, ut servus in potestate domini; uno hoc excepto, quod filiusfamilias liber est. *Instit. de his qui sunt sui vel al. jur.* Unde in acquirendi ratione jus olim idem fuit in filiisfamilias, quod in servis. *L. placet. D. de acquir. hered. L. 1. D. si a par. quis fuer. manum.* et constat ex *Tit. Inst. per quas pers. nob. acq.* Et ut domino servum occidere jus fuit, ita et patri filium, *§. in potestate. Instit. de his qui sunt sui vel al. jur. L. in suis*, in fin. *D. de lib. et post.* Verumtamen de filiisfamilias hæc certi juris definitio est, filiumfamilias ex omnibus caussis, id est tam ex contractibus, quam ex maleficiis, tanquam patremfamilias obligari. Et agi cum eo tanquam cum patrefamilias posse. *L. filiusfamilias, D. de obl. et act. L. tam ex contractibus. D. de judic.* Nihil ergo, ut dixi, liberis hominibus obstat sola conditio personæ, quominus contrahendo, ut ex aliis caussis, jure obligentur. Sed alia extrinsecus interveniunt nonnunquam, quæ cum accesserint, obstent obligationi.

V. In quo hæc istarum caussarum summa divisio est, ut qui promittunt, ex persona sua contrahendo non obligentur, vel quia destituuntur rebus ad contrahendum necessariis; vel quia his alioqui obligationis cujusvis capacibus, tamen beneficio juris certis in caussis, et certa ratione obligatio remittitur: ut illic res ipsa obligationi obstet, hic juris indulgentia et beneficium.

VI. Res ad contrahendam obligationem necessariæ, quæ quidem spectentur in promittentis persona, duæ sunt summæ omnium contractuum communes, consensus in rem certam, et libera rerum administratio. Proinde totidem res contrariæ, quæ vi sua obligationem ex contractu impediant: animus judicii et voluntatis expers; et denegata rerum suarum libera administratio.

VII. Animus voluntatis expers est in furiosis, mente captis, infantibus, prodigis quatenus hi tales sunt. Furiosi quidem, mente capti, et infantis, id est minoris septem annis. *L. si infanti, C. de jur. delat.* nullum judicium, nullam adeo in negotiis gerendis voluntatem esse constat: quia pariter hi non intelligunt quid agatur. Ideo hac ipsa ratione nullum eos negotium gerere posse traditur. De (3) furioso traditum in *L. furiosi, D. de reg. jur. L. 1. §. ult. D. de*

(2) Hinc conditio reddendarum ratiocinum libertati servi actoria testamento relictæ præponi solita, vid. *Lib. 8. Cap. 33. A. 2. et A. 4.* quia, ea omissa, pure manumissus non cogebatur reliqua solvere *L. 37. de jud. Lib. per hunc tit. C. an. serv. etc.* Cujac. 9. *ad Afr. in L. 32. de cond. et dem.* Testimonium autem manumissus perhibet de iis quæ vidit in servitute, Gœd. *ad L. 99. §. ult. de V. S. n. 5.* post Vigl. *in §. testes I. de testam. n. 9.*

(3) Nisi contraxerit in dilucidis intervallis, arg. *L. 9. Cod. qui test. fac.* Vult. *in pr. I. de V. O. n. 30.* Gœd. *de Contr. stip. C. 7. n. 14.* Setser. *Lib. 1. de Juram. C. 4. n. 12.* ubi *n. 13.* an intermissionis tempore actus gestus, ex eo æstimari, an more sapientis tecerit, et Niell. *Disp. feud. 2. Th. 4. lit. A.* Aliter distinguit Loriot. *ad L. 3. et seqq. de R. I. f. 534.* Superveniens quoque furor obligationem contractam non dirimit *L. 70. §. pen. de fidei. leg. 8. de his qui sui*, quia quæ facti sunt, et naturalia, non possunt tollere ea, quæ juris et civilia, Setser. *d. n. 12.* Vid. et Gomez. 2. *Resol. 14. n. 28.* ubi vult idem esse in amo-

obl. et act. §. *furiosus*. *Inst. de inut. stipul.* de infante in §. *pupillus*, *Inst. eod.* Et quod de furioso dicitur, etiam de mente capto dictum intelligendum est, etsi furore non corripiatur. Cum quod furioso in rebus gerendis denegatur, non alia de caussa denegetur, quam quod mente careat. §. *præterea*, *Inst. quib. non est permis. fac. test.* Ergo hi quid gerendo non obligantur, quia his nihil intelligentibus deest voluntas. Proinde et consensus. Nullus autem contractus sine consensu. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Quæ res facit, ut nec (4) tutoris aut curatoris auctoritate accedente isti obligentur. *L. in negotiis*, *D. de reg. jur.* Prius est enim, ut quid agatur, quam ut tutor curatorve dicat se probare id quod agitur. Hoc autem probare est auctorem fieri. *L.* 3. *D. de auct. tut.* Prodigus, cui bonis interdictum est lege, in eadem caussa cum furioso habetur, cum de eo obligando, et deminuendo ejus patrimonio agitur. Scilicet ut promittendo nec natura obligetur. *L. is cui*, 6. *D. de ver. obl.* nempe hactenus similis furioso, cum alienat quid, aut se obligat, ut qui in bonis deminuendis furiosum faciat exitum, ut est in *L. his qui*, §. *ult. D. de tut. et cur. dat.* Cæterum hoc distat a superioribus tribus, quod cum illi nullum negotium gerere possint, neque quo obligentur ipsi, neque quo sibi obligationem acquirant: *d. L. in negotiis*, *D. de reg. jur.* hoc in prodigo diversum est, quod qui promittendo non (5) obligatur, idem stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirit. *d. L.* 6. *de verb. obl.* Nec refragatur regula juris, qua traditur, furiosi, vel ejus cui bonis interdictum est nullam voluntatem esse. *d. L. furiosi*, *de reg. jur.* Hoc enim sic accipiendum esse omnes concederent, nullam voluntatem esse furiosi, quatenus furiosus est, et ejus cui bonis interdicitur, quatenus interdicitur. Ut proinde hoc dici intelligamus nullam unquam furiosi voluntatem esse, quia ubique et omni re gerenda est furiosus. Ejus autem cui bonis interdicitur, non semper neque in omnes partes nullam esse voluntatem; quia bonorum interdictione non interdicitur ei omni administratione, sed tantum deminutione bonorum. *L. Julianus*, *D. de cur. fur.* Et hactenus comparatur furioso, utpote in hac deminutione furiosum faciens exitum, ut dixi, *d. L. his qui*, §. *ult. D. de tut. et cur. dat.* Merito igitur si quid ita gerat, ut acquirat, quemadmodum abest interdictio legis, ita et prodigus recte velle intelligetur, et propter voluntatem sibi acquiret.

VIII. Rerum suarum denegata alicui administratio et ipsa obligationem impedit in his, qui secus, quam illis administratio conceditur, se obligare velint. Hanc administrationem hominibus quanvis alioqui intelligentibus duæ res adimunt; partim ætas, partim corporis vitium, vel morbus.

IX. Ætas in impuberibus, qui infantiam excesserunt, tum in adolescentibus puberibus. Vitium corporis in mutis, surdis, cæcis, et perpetuo morbo laborantibus, quibus quia rebus suis superesse non possunt, curator dari solet. Sed his adimitur hæc administratio dissimiliter. Unde et in obligatione contrahenda dissimili jure habentur.

X. Impuberes, qui infantiam excesserunt, tutore auctore quidvis recte gerunt in his rebus, quorum alienatio sine decreto non est interdicta. Ideo tutore auctore, et alios sibi obligare, et aliis obligari possunt. *L. in negotiis. D. de regu. jur.* quod et in his, qui infantiæ proximi sunt, benigne receptum est. §. *pupillus*. *Inst. de inut. stip.* *L.* 1. §. *ult. D. de obl. et act.* Sine tutoris autem auctoritate si quid gerunt; si quidem sibi acquirant, et hoc ratum est, quod quidem fiat sine eorum dispendio, et sine ullo aliquid in posterum inde amittendi metu. Quod si aut non acquirunt quid, aut acquirunt quidem, sed quod sit cum onere, aut periculo damni conjunctum, obligari non possunt. *Inst. de auct. tut. L. obligari*, *D. eod.* §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip.* Idque ita est, sive tutorem habeant, quem possint tutorem adhibere; sive non habeant, ut eo auctore uti non possint. Cujus rei non aliud est certius argumentum quam quod placuit, impuberem si in patris potestate est, ne auctore quidem patre obligari. *L. ult.* §. 1. *D.*

re capto, per §. *ult. I. de success. sublat.* sed si cum amica celebretur contractus, non si cum aliis. Eman. Soarez. *ibid. in annot. lit. H.* Idem in ebrio, quia nescit quid loquatur *Cap. sane* 15. *Quæst.* 1. Et ubi ebrietas ibi furor *Cap. venter.* 35. *dist.* Tiraq. *de Pœn. temperand. Caussa* 6 *n.* 8. Gad. *de Contr. stip. Cap.* 7. *Concl.* 11. Forst. *de Pact. C.* 5. *pag.* 95.

(4) Quod enim judicio pupilli deest, suppletur judicio tutoris. Furiosus autem cum prorsus mente careat, nihil est quod suppleri possit. Vult. *in* §. *ult. I. de obl. n.* 13.

(5) Et quod favore prodigi inductum. etc. *L.* 25. *de LL.* Don. *ad d. L* 6. *n.* 13. Vult. *in pr. I. de V. O. n.* 32. Obligari autem eum nec adhibito jurejurando vult Gomez. 2. *Resolut.* 14. *n.* 32. et Selser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 5.

de verbor. oblig. §. *sed quod diximus. Inst. de inut. stip* Cur enim non obligatur? Quia ita jus constitutum habemus, ut impubes non possit obligari sine tutoris auctoritate. *d. L. obligari. de auctor. tut.* §. *pupillus. Inst. de inut. stip.* Qui autem in potestate patris est impubes, is tutorem non habet nec patrem, nec alium quemlibet: cum in tutela vel curatione solum sint hi, qui potestate patria soluti, cœperunt esse sui juris. *Inst. de tut.* in pr. Sed cur auctoritatem patris hic non recipimus, similiter ut tutoris? An quia auctoritas tutoris pupillo rem gerenti fidelior est, et certior, quam patris? Absurdum. *Quis enim talis affectus extranei invenitur, qui vincat paternum?* Ut bene scriptum est in *L. ult.* in princ. *C. de curat. fur.* Sed hæc caussa est, quod tutoris auctoritas non quæritur tantom ad impubere obligandum, ut consilio et fideli opera tutoris adjuvetur pupillus in re promittenda et obligatione suscipienda: sed eo potissimum, ot si quid hic male gestum sit aliquo auctore, consultum esse possit postea pupillo. Id autem fit, tutore adhibito. Cujus hæc obligatio est, ut si qua culpa ejus factum sit, quominus res bene probaretur, id præstet pupillo finita tutela. *L.* 1. *D. de tut. et rat. dist.* Nulla ejusmodi (6) obligatio esse potest patris comprobantis quod filius suo nomine gesserit. Vel hoc nomine maxime, quod consilii non fraudulenti nulla obligatio est. *L. consilii, D. de reg. jur.* Si modo qui consulit, nullo munere publico obstringatur ad rem ejus, cui consulit, bene gerendam. Qoale munus in patre filium in potestate habente nullum est. Et de hoc loco plura scripsimus ad *d. L. ult. de verb. obl.*

XI. Adeo autem verum est, pupillum et sine tutoris auctoritate aliom sibi obligare posse; ipsum autem promittendo, aliterve paciscendo sine tutoris auctoritate obligari non posse: Ut in emptione, et venditione, aliisque contractibus in quibus mutuæ sunt obligationes, si quid pupillus cum alio gesserit, contraxerit, sine tutoris auctoritate, placeat pupillum sibi obligare eum, cum quo contraxit, ipsum autem illi non obligari. *Si quis a pupillo*, inquit Ulpianus, *sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo; pupillum sibi non obligat.* Hoc in *L. Julianus*, §. *si quis a pupillo. D. de act. empt.* Quo significatur, si emptor in proposito rem venditam petat, licere tutori dicere pupillum non teneri, et posse pupillum impune venditioni non stare. Contra si tutori videatur venditio utilis esse pupillo, recte oltro acturum pupillum cum emptore, ut pretium præstet. Quod tamen intelligendum est licere ei facere hac conditione, dum prius ipse rem venditam offerat. Alioqui potest exceptione doli mali removeri, ut fieret, si quid emisset, et rem venditam peteret non oblato pretio. *d. L. Julianus*, §. *offerri. de act. empt.* Cæterum dum hoc offerat, quod ex venditionis caussa præstandum est, recte aget cum emptore, quem eo nomine obligatum habet. Quod non item licet emptori, si instituat agere cum pupillo, utpote non obligato; quantumvis pretium offerat. Ita vere dicitur ab Ulpiano constare ex uno latere hujusmodi contractum.

XII. Verendum, ne sit contrarium quod dicitur in *L.* 1. *D. de rescind. vend* si venditio cum pupillo recte contracta sit tutore auctore, non posse consensu pupilli sine tutoris auctoritate ita abiri ab emptione, ut ipse liberetur, alter tantum maneat obligatus: quod nihil aliud est, quam non posse pacto effici, ut ex uno tantum latere constet contractus. Sed multum distat, utrum de contrahenda emptione agatur, an vero de recte contracta dissolvenda. Ab initio cum de contrahenda emptione agitur, ita jus est, ut pupillus sine totoris auctoritate obligari non possit, at idem sibi alium recte obliget. Quod jus ab initio illam inæqualitatem admittit, quam ante dixi. Postqnam autem emptio semel contracta est, commutatur juris ratio, et incipit contractus atque obligatio ad regulam juris pertinere, qua efficitur quibus quidque modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolvi. *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Unde fit, ut contracta emptio cum pupillo tutore auctore, non possit nisi tutore dissolvi, sed necesse sit, cum de ea distrahenda convenit, aut utrumque obligatum manere, aut utrumque liberari.

(6) Ita et Hot. in *d.* §. 10. Aliter Cujac. *in not. poster. ibid.* quia cessat utilitatis ratio. Filius enim patri acquireret, pupillus non tutori, sed sibi, et Baro *ibid.* volens cum hodie stipulando sibi, acquirat proprietatem et obligari promittendo, auctore patre, ref. Hart. Pist. *Lib.* 4. Q. 11. *n.* 14. Aliter Hopper. *Lib.* 3. πιθανῶν *pag.* 97. quia patria potestas, quæ juris domestici, non pertinet ad ea quæ juris communis. Incongrue. Si tamen peculium filiifamilias impuberis locupletius, naturaliter eum obligari vult Cujac. 22. *Obs.* 23. alioquin pater non tenetur actione de peculio *L.* 1. §. 4. *de pec.*

XIII. Et pupillum sine tutoris auctoritate civiliter non obligari constat. An obligetur saltem naturaliter, magna quæstio est. Et de eo scripsi fuse ad *d. L. si pupillus*. 127. *D. de verb. obl.* Sed tamen ad hanc ferme sententiam, ut si impubes infante major, idem adhuc sit infantiæ proximus, non obligetur is consensu suo ne naturaliter quidem. Sin sit proximus pubertati, obligetur naturaliter. Id esse interpretans, in quo isti separantur in §. *sed quod diximus*, *Inst. de inut. stipul.* Sed et hoc, quod dixi, eum qui pubertati proximus est, promittendo ita obligari; docui ibidem ita accipiendum, ut si hæc obligatio perveniat ad alios, recte dicatur pupillus obligari isto modo; quia obligatio aliis noceat. Sin consistamus in persona pupilli, ut illi ea obligatio noceat, dicemus eum nec natura obligari, quia vere ei ea obligatio non obsit. Sed et de eo diximus supra in naturali obligatione: neque nunc quæstio adeo ad hunc locum pertinet, in quo de civili et efficaci obligatione agitur.

XIV. Adolescentum puberum diversa caussa est. In quibus hæc juris distinctio est, cum de his ex contractu obligandis quæritur: ut si quidem adolescens curatorem habeat, is sine curatoris auctoritate non magis (7) obligetur, quam is cui a prætore curatore dato bonis interdictum est. Sin sine curatore constitutus contraxerit, obligetur jure; sed ex edicto generali de minoribus implorare possit in integrum restitutionem. Exstat hæc distinctio pæne diserte scripta in *L. 3. C. de integ. rest. min.* Cui distinctioni consequens est, quod traditur in *L. ult.* §. 1. *D. de verb. obl.* puberem qui in potestate est, perinde ut patremfamilias obligari posse. Cur enim obligatur, neque hic curatoris auctoritatem requirimus? Quia eum qui est in potestate patris, certum est non habere curatorem. Ut enim tutela, sic et cura eorum est solum, qui sunt sui juris. *Inst. de tut.* in pr. Sed cur sine curatoris auctoritate non possit is etiam, qui curatorem habet, cum curatorem non habens possit consensu suo obligari, nullius curatoris adhibita auctoritate? Quid enim, an plus valet intelligentia et prudentia, qui curatorem non habet, quam qui habet? Quod si eadem est in utroque; cur non utrumque sine curatoris auctoritate pariter obligari dicimus? Ratio differentiæ posita est in concessa aut denegata rerum administratione. Nam antequam curator detur, satis facultatis est puberi ad se obligandum, nec ea facultas interpellatur a quoquam, cujus potestati subjicitur. Curatore autem semel dato, hæc facultas curatore non adhibito adimitur. Quo enim curatorem dari, nisi ut ejus auctoritate res administrentur, ac sine auctoritate nihil ratum sit in rerum administratione? Sic tutoris auctoritas est. Sit ergo et curatoris; quando conjunctim tutoribus curatores accipiuntur, inquit Ulpianus, id est, quod de tutoribus dictum est, etiam ad curatores pertinet. *L. qui neque*, §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Significatur autem

(7) Est et hæc Quæstio multum disceptabilis, in qua nostri consentiunt, et pluribus hanc opinionem adstruere nituntur. Rob. 1. *Amm.* 12. *et* 1. *not. ad Merc.* 12. Mercer. 1. *Op.* 6 Gœd. *ad L.* 21. *de V. S. Contr. stip. C.* 7. *Concl.* 14. Vel. Guil. Forst *de Pact. C.* 5. *pag.* 103. *et seqq.* nonnihil tamen in expositione *d. L.* 101. *et d. L.* 3. variantes. Mihi sane contraria Cujacii *ad d. L.* 101. *et* 19. *Obs.* 33. *et* 21. *Obs.* 23. sententia semper probabilior visa est, quam firmant Vult. 1. *Disc.* 16. Bron. 1. *Ass.* 33. Henr. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 41. Phil. Matth. *ad L.* 2. §. 1. *de R.* 1. *n.* 15. *et seqq.* Arum *ex Just.* 3. *Th.* 17. Nam *d. L. puberes* 101. clarior et apertior sententia est, quam ut interpretationibus, quas comminiscuntur noster et alii, eludi elidive queat. Accedit *L.* 43. *de O. et A.* ubi verba, *suæ potestatis*, ita exponere, ut significet adolescentem a cura liberum, inconveniens puto, cum curatoria potestas, non personam minoris, sed illius res respiciat. Denique nec defectus consensus impedimento est huic obligationi, quia dicitur minor stabilitate judicii præditus §. *ult. I. Quib. man. non lic.* postulare potest *L.* 1. §. 3. *de postul.* hereditatem adire, etc. et testamentum condere *L.* 5. §. *Qui test. fac.* nec effectus curatoriæ potestatis, cum nec patria potestas, quæ indubie major, eidem obsistat. Ex quo etiam patet ab administratione rerum non commissa, ad obligationis incapacitatem argumentum dici non debere. Nam si filiusfamilias jure veteri, quo nec ulla bona habebat (nisi castrensia) nec administrationem, nisi peculiarium, extra caussam tamen peculiarem obligari potuit, ad hoc ut sui juris redditus efficaciter conveniri posset: Quidni etiam facilius minor, durante cura, personam suam efficaciter obstringat, ita ut quidem solvendo rem promissam ac debitam se liberare nequeat, ob alienationem ipsi inhibitam, annos tamen Lætoriæ legis egressus (ut loquitur *L.* 2. *C. Th. de do.*) ad impletionem et perfectionem contractus teneatur. Unde Cujacii illam restrictionem non admitto 19. *Obs.* 33. *et* 1. *not. Merc.* 12. quasi ex caussa venditionis obligari nequeat, sed ex aliis caussis, quæ solemnitatem juris desiderant, etc. Sed hoc forte alio loco plenius excutiam. Hic accurate singula persequi non licet.

satis hæc ratio in *d. L.* 3. *C. de in int. restit. min.* ubi tum dicitur prodigo bonis interdici a prætore, cum prætor ei curatorem dedit. Ut merito hoc jus de pubere sine curatoris auctoritate non obligando ad hanc caussam retulerimus.

XV. Hac distinctione posita, quæ minime dubia est, et est vetus, ut patet ex *d. L.* 3. *C. de in int. rest.* recte faciemus, si demus operam, ut secundum eam, si quo modo licet, interpretemur *L. puberes*, 101. *D. de verb. obl.* quæ alioqui verbis dissidere maxime videtur. Sic enim verba sunt; *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Hæc verba, *sine curatoribus suis*, proprie pertinent ad eos puberes, qui habent suos curatores: ut hoc dici intelligatur, puberem quamvis curatorem sibi datum habeat, qui sit ejus curator, posse tamen sine eo curatore ex stipulatu obligari. Sed ostendi ad eam legem pluribus verbis id defendi non posse, repugnante non solum *d. L.* 3. *de in int. rest. min.* sed etiam omnium veterum sententiis, quæ exstant in Pandectis de hoc genere. Itaque si quid ad jus tam multis locis, et tam non obscure testatum accommodate dicere volumus, res cogit alterutrum dici, aut deesse illic negationem, ut sit *possunt*, pro *non possunt.* Aut si id non licet, sic locum esse interpretandum, ut sit sententia puberes obligari posse etiam sine curatoribus suis; veruntamen suis, non quos jam habent, sed quos suos jure habere debent, de quo vide plura in commentariis ad *d. L. puberes.* Unum præter cætera ad id confirmandum semper maximum momentum habebit, si tenebimus illud, quod supra dixi, non ob aliam caussam curatorem dari, nisi ut ejus consilio et auctoritate ea administratio regatur: utpote alioqui inutilem futuram.

XVI. Quapropter et in his, qui propter corporis vitium, aut morbum curatorem accidere solent, eadem distinctio adhibenda est: ut si quidem nondum acceperint, nihil sit impedimento, quominus promittendo et aliter contrahendo, eum cætera idonea concurrant, se obligent. Postquam autem acceperunt, nihil ratum sit ad obligationem ab illis contrahendam sine curatoris sui auctoritate.

XVII. Atque hæc impedimenta obligationi ex persona debitoris obstantia, generalia sunt, pertinentia in commune ad omnes contractus, omnemque quæ sit ex contractu, obligationem. Sunt et impedimenta hujusmodi quædam quorumdam contractuum propria. Quæ et in his observanda sunt. Ac generaliter de his sic habendum: quod in universum efficit inopia earum rerum, quas omnis contractus desiderat, hoc in singulis generibus efficere inopiam earum, quas unumquodque proprie desiderat. Utputa, stipulatiu præter consensum exigit hæc propria duo, verba stipulantis et promittentis, quia verbis conficitur; item ut uterque alterum loquentem exaudiat: quorsum enim verba, nisi ut qui inter se loquuntur, alii alios audiant, et intelligant? Ea res facit, ut neque mutus neque surdus stipulationem contrahere possint, sive stipulentur, sive promittant. Ille, quia non potest loqui: hic quia non possit loquentem exaudire. Hæc in *L.* 1. *§. ult. D. de obl. et act. §. mutum. Inst. de inut. stip. L.* 1. in princ. *D. de verbor. obl.* In quo perspicuum est nihil constitui propter conditionem personæ muti aut surdi; qui alioqui cætera quæ consensu constant, recte (8) gerunt aut per nuntium aut per epistolam. *Inst. de obl. ex cons.* Sed cur isti ex stipulatu obligari non possint, aut promittere, caussam in eo esse, quod non possint præstare ea, quæ proprie fert stipulatio.

XVIII. Neque privata impedimenta plura occurrunt in aliquo genere contractus, quibus fiat, quominus quis ex persona sua obligetur. Videri tamen potest ejusmodi aliquod subesse in caussa mutui in persona judicum, quibus aut (9) litigator mutuam pecuniam dat, aut dat collectarius, id est argentarius, ejus honoris redimendi caussa. Idque propter *L. quisquis*, *C. si cert. petat.* qua cavetur, ut si quid horum factum fuerit...

(8) Per signa enim vel corporis motus, animi sensa declarare possunt. Distinguit tamen inter surdos ac mutos a casu et a nativitate. Hos siquidem nullos contractus inire posse statuunt, cum nihil intelligere dicantur, infantibusque comparentur *L.* 65. §. 3. *in fin. ad Tr.* Tiraq. *Privil. piæ caussæ* 9. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 29. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 7. *Concl.* 15. *n.* 283. ubi tamen exempla non deesse scribit eorum, qui ita nati intellectu eximie pollentes, quid agatur optime percipere possunt. Unde in iis distinctio hæc non recipienda. Vid. et de contractu muti Jo. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 37.

(9) Videtur enim dari gratis ejus corrumpendi gratia, ut libidinosam (ceu vocat. Cic. *pro domo*) sententiam dicat; vid. Fr. Pollet. *Lib.* 5. *Hist. fort. C.* 9. *ibique in Corollar.* Philip. Broidæ. *n.* 1. Significatur itaque in d. *L. pen.* qui actu est judex et accipit ab iis inter quos judicat. Pac. 3. Q. 75. licet alium eidem sensum affingat Andr. Clud. *de Condict. certi Cap.* 3. *n.* 67. *et seqq.*

rit, is qui dedit, una cum judice exilii pœna plectatur. Et apparet quidem his verbis pœnæ metu mutuum prohiberi. Nam permissum pœnam non meretur. *L. Gracchus*, *C. ad leg. Jul. de adulter.* Sed videndum est, quatenus id mutuum prohibeatur. Nempe prohibetur hactenus, non ut ne mutuum contrahatur: sed ut si pecunia ita, ut diximus, mutua data erit, sequatur exilii pœna. Prius ergo mutuum datum lex exigit, cujus datio postea plectatur. Non potest autem mutuum esse, nisi ex quo mutui obligatio, et certi condictio nascatur. *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* in pr.

XIX. Quæ si ita sunt, summa hue redit, ut si qui sint liberi, qui et intelligant, quod agitur, et possint ea præstare, quæ sunt contractus ejus, de quo agitur, nec interdicta libera administratione per se obligari prohibeantur: generaliter tenendum sit, nullos liberos homines, ne filiosfamilias quidem, jure impediri, quominus contrahendo voluntate sua recte obligentur; nisi si quibus beneficio juris specialiter hoc tributum sit, ne obligentur.

XX. At hoc fit interdum; estque hoc genos alterum eorum, quos non obligari ex persona sua diximus. Tributum (10) hoc est filiisfamilias in pecunia credita, et mulieribus in intercessionibus. Filiofamilias si pecunia mutuo data sit, cautum est senatusconsulto Macedoniano, ne detur in eum actio eo nomine, nec in patrem ejus de peculio. *L. 1. D. de sen. Mac. §. illud. Inst. quod cum eo.* Mulier ne intercedat pro alio, similiter cautum senatusconsulto Vellejano, et si intercesserit, denegatur in eam actio. *L. 1. L. 2. D. ad sen. Vell.* ut appareat senatusconsultum exceptionem habere ad hunc locum pertinentem, quæ ostendat duas esse has personas, quæ in supra scriptis caussis non obligentur. Itaque non alius locus est de his senatusconsultis tractandi idoneus, quam hic ipse de personis eorum, qui obligari non possunt, idque ex persona sua, in quo versamur. Sed quoniam utriusque sententia plura continet, quam ut statim cognosci possint, et res dignum tractatum habet: ne longiore tractatione interrumpatur cursus divisionis propositæ de iis, qui non obligantur: visum est hæc duo sepcnere, et tractare separatim sequentibus capitibus: sic tamen, ut cogitatione tractatio illa tota huc referatur. Nunc ad reliquam partem divisionis propositæ pergemus.

(10) Quid in Principe? Num is ex contractu cum subditis efficaciter obligatur. Omnino. Nam in contractibus jure privatorum utitur. Quin imo firmius arctiusque eum obligari convenit qui mutuæ fidei vindex: vid. Bodin. 1. *de Rep.* 8. *p.* 156. *et seq.* P. Greg. 8. *de Rep.* 8. Zas. *ad L.* 2. *§. eodem tempore* 10. *de O. t. n.* 21. Greg. Lopez. *Anim. Cap.* 35. *n.* 8. *et seqq.* Vasq. 1. *Ill. Controv. Cap.* 3. *et Cap.* 26. *n.* 16. *et seqq. et Cap.* 45. *n.* 13. *et seqq.* Cost. *in L.* 1. *de pact.* Brun. 1. *Ass.* 12. Georg. Aca. Eneuckel. *Lib.* 3. *de Privileg. Cap.* 8. Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 10. *et seq.* et quos citat Rauchb. *pag.* 2. *Q.* 11. *n.* 5. Non obstat quod tradunt, Contractus Principum habere vim legis, per *L.* 15. *D. de public. L. pen. Cod. de don. int. vir.* Gail. 2. *Obs.* 127. *n.* 8. Valasc. *Jur. Emphy. Q.* 5. *n.* 10. Princeps autem legibus solutus. Nam id tum eo sensu a DD. non asseritur, tum a multis negatur. Eman. Soarez. *in annotat. ad Gomez.* 2. *Resol.* 1. *lit. A.* Lopez. *d. Cap.* 35. *n.* 1. Vicem equidem legis obtinet *d. L. pen.* sed ad hoc ut lege repugnante subsistat, utque quem privatus non legitime iniret, pro justo et legitimo habeatur. Cujac. 26. *Obs.* 35. Lopez. *d. C.* 35. *n.* 12. atque sic ut eo magis non ut minus servetur ac valeat. At in *d. L.* 15. vocula *legem* significat pactum, ut alias sæpe Lopez. *ibid. n.* 13. non legem Principis, promulgatam post locationem, ut Soarez. *d. loc.* minus autem legem Censoriam, ut Forner. 1. *Select.* 25. pro *Cæsar* reponens *Censor.* Quatenus contractus Principum teneant successores, vid. Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 35. *n.* 30. *et seq.* Decian. *Vol.* 1. *Resp.* 25. *et Vol.* 2. *Resp.* 35.

CAP. XXIII.

Esse quasdam personas, per quas ex contractu obligatio seu actio aut in totum, aut in ea specie, de qua agitur, acquiri non potest. Hinc ex ejus persona alio quodam genere obligationis non contrahendæ accidere ei, qui promittit, ne obligetur.

Promittentis obligatio nulla, si cum illo negotium gestum, qui nec sibi nec alii obligationem possit acquirere. I.
Quominus possit, aut natura fit, aut jure prohibente. II.
Natura obligationem acquirere prohibetur furiosus et infans, et quidem in omnibus caussis. III.
Item pupillus, minor, et prodigus, præterquam si de acquirendo agatur. IV.
Item mutus et surdus, sed in stipulatione dumtaxat. V.
Juris prohibitio aut a personis contrahentium, aut a rei, de qua agitur, conditione ducitur. Utraque causa obiter explicatur. VI.
Contrahere invicem, et agere prohibentur dominus et servus; pater et filius; duo fratres filiifamilias. VII.
Dominus servo promittens quare civiliter non obligatur. VIII.
Quare nec filius patri, nec filio pater ex profectitio peculio; dumtaxat ex jure civili, non naturali. IX. X.
Item nec frater fratri ex eadem profectitii caussa. XI.
Certis de rebus seu modis contrahere vetantur plures: et hi aut comparare sibi res aliquas, aut alienas conducere prohibentur. XII.
Ad priorum genus pertinent 1. *Provinciarum præsides. His et res mobiles alias præter victum: immobiles vero omnes acquirere in provincia; uxorem inde ducere; negotiari et fœnus exercere vetitum. Et quo juris effectu.* XIII. XIV.
Qui hujus prohibitionis nomine præsides contineantur. XV.
2. *Domestici et consiliarii. Idem his omnino commercium, quod illorum præsidibus vetitum.* XVI.
3. *Qui officium aliquod in provincia administrant, immobilia dono accipere; uxorem ex provincia ducere; aliquid ex officio emere a jure prohibentur.* XVII.
Item 4. *Milites prædia comparare; nisi paterna, quæ a fisco distrahuntur.* XVIII.
Item 5. *Palatini vestes, aurum, argentum, mancipia, quæ veneunt a privatis principis, et quare.* XIX.
Item 6. *Tutores, curatores, alienarum rerum administratores, pupilli, res aut minoris, aut domini; nisi palam et bona fide emant: hoc quale sit explicatur.* XX.
Conducere vetantur tutores, et curatores res principis, et fisci, et quomodo; et qua interdictionis pœna. XXI.
Item milites, res alienas sive conducant, sive procuratores, aut fidejussores conductorum fiant. Qualis istorum pœna. XXII.
Item Ecclesiastici, et qui. XXIII.
Item Curiales, et fabricenses; et quinam isti. XXIV.

I. Hactenus ergo, qui quibus de caussis non obligentur ex persona sua. Accidit etiam, ut proposuimus, ex persona ejus cui promittitur, ut qui promittit, non obligetur. Quod tunc fit, cum cur promissor non obligetur, caussa non in ipso est, sed in eo, cui promittitur, per quem actio acquiri non potest. Ita definiemus, quidquid promittitur ei, qui ex eo negotio quod geritur, nec sibi obligationem acquirere potest, nec alii, id inutiliter promittitur, eoque nec potest obligari is, qui promisit. Non enim contractus, in hoc, ut quid detur aut fiat, est unius voluntas, sed duorum consensus atque conventio. Tum autem nullus contractus est, nisi ex quo unus alteri obligetur, ut de contractu in hujus definitione docuimus. Quo fit, ut sive non obligetur ex persona sua promissor, sive non sit creditor, cui obligetur, non possit intelligi ullus contractus, ullave obligatio.

II. Ut is cui promittitur, non acquirat obligationem ex contractu vel sibi vel alii, duabus de caussis accidit. Aut enim natura contrahere non potest; aut cum possit, jure tamen in ea specie, de qua agitur, obligationem sive actionem acquirere prohibetur.

III. Naturali contrahendi facultate destituuntur in universum duo, etiam si maxime bis ex contractu quæsitum velimus, fu-

riosus, et infans. Horum enim nulla intelligentia est, nullus sensus de rebus. Nullus autem contractus sine consensu cum ejus, qui promittit, tum ejus, cui promittitur. *L.* 1. §. 1 *D. de pact.* Ideo supra, hos negavimus ullum negotium gerere posse. Quo significatur, non tantum nihil eos agere, si promittant: sed ne sic quidem, si stipulentur, aut quid gerere videantur, quo sibi acquirant. *L.* 1. *§. ult. D. de obl. et act. §. furiosus. §. pupillus*, seq. *Instit. de inut. stip l.* Eo fit, ut si quid his promittatur, quanvis in speciem stipulantibus, aut aliquid consentienti simile gerentibus, tamen non obligetur, qui promittit. Finge furiosum, cum esset in conspectu inumbratæ quietis, aliquid locutum et visum consentire; aut infantem aliis verba præeuntibus ea balbutire, quæ erant stipulantis. Non ideo ulla futura est obligatio, etsi quis his promiserit eo animo, ut vellet se obligatum.

IV. Cæteri, quorum consensum aut nullum esse, cum bona deminuunt, aut non esse satis firmum ad promittendum, supra diximus, nisi tutoris aut curatoris auctoritas accesserit, in ea caussa sunt omnes, ut eum de obligatione his acquirenda agitur, satis consensu valere existimentur, vel sine ullius auctoritate stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirant. Tribuitur hoc prodigo in *d. L.* 6. *D. de verb. obl.* impuberi qui infantiam excessit, in *d. §. pupillus. Inst. de inut. stip.* Quod multo magis puberibus intelligentia majore præditis tributum intelligendum est.

V. Sunt et in stipulatione, qui ea præstare non possint, quæ sunt propria stipulationis, sive stipulentur, sive promitant. In quo numero mutum et surdum esse supra diximus. Ideo hi ut promittendo obligari ex stipulatu non possunt, ita nihilo utilius stipulari, ut qui his promittit, obligetur.

VI. Alterum genus eorum, qui ex contractu acquirere obligationem non possunt, quibus ideo ex ipsorum persona inutiliter promittitur, est eorum, qui contrahere quidem, et rem gerere naturaliter recte possunt, sed jure in ea specie, de qua agitur, obligationem seu actionem acquirere prohibentur. Prohibendi caussa aut a personis contrahentium, aut a re de qua inter eos agitur. A personis contrahentium, cum ii sunt, inter quos actio nasci non potest. A re de qua agitur, cum is creditor est, qui de ea re de qua agitur contrahere probibetur.

VII. Actio jure civili inter hos nasci non potest, inter dominum et servum; inter patrem et filium qui in patris potestate est, de peculio profecticio; inter duos fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, ex caussa ejusdem peculii profecticii. *§. hi qui. Instit. de obl. quæ ex del.*

VIII. Si dominus cum servo suo quid gerat, ex quo inter alios obligatio et actio nascatur, hic certe non nascetur. Sive id agatur, ut servus domino debeat, sive contra, ut dominus servo. Servum nulli civiliter obligari nedum domino jam supra diximus, ut cum quo judicium non consistat, qui jure civili pro nullo habetur. *L. servus. C de jud. L. quod attinet. D. de reg. jur.* At potest dominus aliis obligari: potest et cum eo judicium consistere. Verumtamen idem si quid servo suo promittat, si quid ex alia caussa contrahendo ei debere velit, (1) naturaliter ei debere potest, civiliter non obligatur. *L. si quod dominus, D. de condit. ind.* Nempe ideo, quod servus creditor non est is, qui a domino promittente acquirere possit obligationem civilem vel sibi, vel alii. Ipsum sibi acquirere non posse constat: quia servus nihil suum habere potest. Si quid acquirit, acquirit domino, cujus est in potestate, usque adeo ut nec momento apud servum consistat. *§. item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq. D de acq. hered.* At hac ipsa de caussa nec dici potest acquirere alii e iam domino. Sic enim fit, ut, quæsita domino obligatione, incipiat is esse debitor ex persona sua, et creditor ex persona servi. Quæ duo quoties in eamdem personam etiam ex eventu concurrunt, quia natura non fert, toties obligatio confusione tollitur. *L.* 5. *Granius*, alias *Uranius D. de fidejuss.*

IX. Idem juris est in his quæ geruntur inter patrem et filium, qui est in patris potestate. Sic definitio est Justiniani in *§. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del.* inter eos, quorum unus in potestate alterius est, nulla ex caussa, proinde nec ex contractu posse obligationem nasci. Promiserit ergo aliquid filiusfamilias patri, aut aliter cum eo contrahendo se ei obligarit. Sive peculium non habeat, sive habeat, sed id quod acquiratur patri; puta profecticium: obligabitur quidem patri naturaliter, nam et servus isto

(1) Vid. *C. præc. n.* 1. Quin et a servis in dominos beneficia proficisci, ac ut Seneca 3. *de Benef.* 18. servi dominos beneficii sui facere possunt, de quo Gruter. 1. *Suspic.* 13. Liber autem bona fide serviens ex promissione quidem obligatur ei cui servit. Nos autem eumdem sibi obligat, *L.* 118. *pr. de V. O.* Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. *Concl.* 7.

modo obligaretur domino: civiliter obligari non potest, id est non ita, ut sit patri adversus eum actio. Idque est, quod dicitur, litem nullam nobis esse posse cum eo quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio. *L. lis nulla, D. de jud.* Litis enim verbo omnis actio significatur. *L. litis. D. de verb. signif.* Cur ergo non obligetur filius patri? Non utique propter personam suam, quasi filiusfamilias conditione ipsa personæ non possit obligari. Jam enim diximus filiumfamilias ex omnibus caussis tanquam patremfamilias obligari, et agi cum eo tanquam cum patrefamilias posse. *L. filiusfamilias, D. de obl. et act. L. tam ex contractibus, D. de jud.* Cur ergo hic non obligatur, inquam? Nempe propter personam patris, cui adversus hunc filium non potest jure civili nasci actio. Quod certi juris esse diximus. Enimvero cur non potest? Id potestas, quam pater in filium obtinet, facit. Hæc ita illum quodammodo addicit, et velut adglutinat patri, ut in his quæ ei per filium acquiri possunt, ambo (2) una et eadem persona esse existimentur, et vox unius esse vox alterius. *§. si vero, Inst. de inut. stip.* Unde evenire necesse est, quasi pater sibi ipse promiserit, quod filius ei promisit, ita jure civili nulla hinc contrahitur obligatio, nulla nascitur actio. Sic enim natura comparatum est, ut in omni negotio et facto, unde obligatio oritur, duos esse oporteat, quorum unus sit, qui debeat; alter, cui debeatur; nec possit quisquam sibi ipsi obligari. Quod usque adeo verum est: ut vel ex eventu exstinguatur obligatio, quamvis ab initio recte contracta, si debitor creditori, aut creditor debitori successerit, ut sic unus et idem efficeretur jam debitor et creditor. *L. debitori, C. de pact. L. Stichum, 95. §. aditio, D. de solut.* Sed hæc ita sunt, inquam, si filius nihil habeat, aut habeat tantum peculium profecticium. Hactenus enim probatur his rebus esse filiusfamilias, dum pro ea potestate, cui subjicitur, nihil habet; nam nec peculii profecticii dominus est, sed pater. *§. 1. Inst. per quas person. nob. acq.* Quod si qua obligerint filiofamilias, quæ patri non acquiruntur, sed sint filii propria, ut sunt castrensia, et quasi castrensia, in his jam filiusfamilias non pro filiofamilias, sed pro

(2) Hæc vera et genuina ratio, nec alia investiganda, cum et habeatur in *l. 16. de furt. L. imp. 52. ad Treb. L. si quis 56. §. 1. de fidei.* quæ et vulgo reddi solet; et convenit Loriot. *de Jur. arte Tr. de consangu. Ax.* 25. (qui et *n.* 22 rationem Fulgosii rejicit, quia filius sit patris Nulli vero sua res obligetur. Nam sic nec naturaliter filio pater obligaretur) et Gœd. *de Contr. stip. C. 7. n.* 38 *et seqq.* A. Fab. 20. *Conject. ult. in pr.* Aliam tamen rationem reddit Corras. 4. *Mis.* 3. *n.* 6. quia lex, inquit, naturæ imitatrix, noluit obligationem producere, quæ nullius effectus futura. Inutiliter enim filius obligaretur patri, cui omnia acquirit. Quare ubi non inanem futuram obligationem lex prospexit, ut in castrensibus eam non gravate induxit. Cujus verba, quæ plura sunt, refert, auctore non nominatim, sed generatim tantum laudato, et loco non adsignato, Jo. Heineccius. *in not. ad Accurs. in l. 3. § 4. de minor.* ut et alias solet in magnæ curæ et laboris, ceu ipse venditat, opere, toto fere ex aliorum operibus, maxime Corasii miscellaneis, consarcinato, totis ubique paginis ad verbum, sine delectu et judicio, exscriptis. Cujusmodi vel dupondio sive conficere facile, sive confutare, ex non meo, sed P. Fabri, qui eum satis rusticatim tangit 3. *Semestr.* 24. *page* 396. *et seqq.* judicio. Sed mittamus hæc. Alia ratio est Vacon. 1. *Declar.* 9. *n.* 4. quia videlicet Lex civilis illis ponitur, in quibus et injustitia et judicium esse potest. Quæ si inter quos esse nequeant, inter eos nec actio. Sed inter patrem et filium non potest esse injustum, quia omne acquiritur patri, injustitia vero ad sua esse non potest. Quia autem filiusfamilias miles non acquirit patri, ideo inter eum et patrem est judicium et actio. Sicuti et naturalis obligatio, quia jure naturæ filius non acquirebat patri. Verum hæc valde contorta sunt et longe petita, et si quæratur cur omne acquiratur patri per filium, necesse est confugere ad patriam potestatem, cujus effectus illa unio. Quæ utique ex fictione est. Zoan. *ad L. 2. C. de pact. int. empt. n.* 21. Unde in his quæ sunt juris obtinet, non quæ facti. Alex. Trentaciuq. *de Substit. P.* 1. *C.* 5. *n.* 5. *et* 6. Nec partim ex veritate, ut Tiraq. *de I. primigen. Q.* 40. *n.* 31. Nec et jure naturæ, ut Vacon. *d. Declar.* 9. *et* 3. *Decl.* 50. *n.* 1. Sed civili, ut et Bart. Bald. Castr. Jas. et alii *in L. frater a fratre.* Nam jus naturale numerat tot personas quot capita sunt, parique omnes jure æstimat. Hotom. *in Disp. L. frater a fratre.* Quin et ipsa nomina patrisfamilias et filiisfamilias sunt civilia. Hæc enim non hominum, sed civium Romanorum divisio, *L. nam civium Rom. 4. de his qui sui.* Cessat autem in emancipatis unionis fictio, (licet jure naturæ non minus sint filii) per *L.* 10. *de opt. leg.* et apparet ex omnibus unionis effectis. Non juvat Vaconium vocula *natura* in L. ult. *C. de impub. subst.* Recte enim occurrit A. Fab. 1. *Jurispr. Princ.* 7. ex verbo *intelligatur.* Non habetur *d. L. ult.* natura eamdem personam esse, sed intelligi. Quare non naturam solam intuemur, sed commentum ac imaginem, quæ a natura non est *L.* 23. *pr. de lib. et postum.* [illegible]

patrefamilias habetur. *L. 2. D. de senat. Mac.* Quæ res facit, ut ad quantitatem eorum bonorum possit esse patri actio adversus filium, proinde et eo usque contrahatur civilis obligatio. Idque est, quod excipitur in *d. L. lis nulla, D. de jud.* cum ita definitur, nullam litem nobis esse posse cum eo, qui est in nostra potestate, et adjicitur, nisi ex castrensi peculio. Qua ratione et peculium (3) adventicium exceptum intelligemus ex posterioribus constitutionibus, ut ad hujus quoque quantitatem obligari patri possit filiusfamilias. Nam et hoc peculium tributum est filiisfamilias, saltem usque ad proprietatem: plerisque etiam in caussis pleno jure. *L. cum oportet.* et authenticis ibi insertis, *C. de bon. quæ lib.*

X. Si non obligatur filius patri, multo minus pater filio, quem in potestate habet. Quod et ipsum ex persona filii accidit. Pater enim is est, qui aliis omnibus possit obligari quavis ex caussa. Sed quominus hic obligetur, facit filii persona, cui non potest adversus patrem actio acquiri. *d. §. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del.* Non tantum ideo, quia illius sit eadem persona cum patre: sed etiam quod si qua actio hic quæreretur filio ex caussa peculii profecticii, ea statim per filium acquireretur patri, ut sic non tam exstingui confusione, quam ab initio nec consistere intelligatur. Quod tamen et ipsum eadem conditione dictum est, si quid contractum sit cum filio ex caussa peculii profecticii. Puta si quid promiserit pater ex hac caussa filio, aut si pecuniam peculii ab eo mutuam acceperit. Quod si ex caussa peculii castrensis et similium, quæ patri non acquiruntur, se obligarit pater, consistet etiam jure civili obligatio. *d. L. lis nulla.* Sed hæc tam in filio, quam in patre dicta sunt de civili obligatione. Cæterum et filius patri promittens quid, aut pecuniam mutuam ab eo accipiens obligatur patri naturaliter: et contra pater filio promittens obligatur naturaliter filio. *L. frater.* in princ. et *§. penul. D. de cond. ind.* de quo amplius ad *L. frater*, infra.

XI. Eadem caussa est fratris cum fratre, qui in ejusdem patris potestate est, contrahentis. Si quid frater fratri in ejusdem patris potestate constituto promittat ex caussa peculii profecticii, si quam ab illo pecuniam istius peculii accipiat, si quid emat, fratri creditori non obligatur. *L. frater, D. de cond. ind.* An quod frater, qui promittit, aut ex alia caussa debere vult fratri, est filiusfamilias? Sed jam aliquoties dixi filiumfamilias, si nihil aliud obstet, quam personæ conditio, ex omnibus caussis obligari tanquam patremfamilias. *L. filiusfamilias, D. de oblig. et act.* Est igitur hæc caussa, cur frater hic fratri non obligetur, quia fratri creditori a fratre debitore obligatio acquiri non potest ex caussa peculii profecticii: quippe quæ per illum statim acquiritur patri, ut nec momento consistat in filii persona. *L. placet, D. de acq. her.* ut si quid frater debitor alicui debeat in hac caussa. (4) patri debeat, non fratri. Sed nec patri ipsi hic filius civiliter potest debere. Jam enim supra effectum est, filium patri ex peculio profecticio obligari non posse. *d. L. lis nulla, de jud.* Unde hic quoque naturalem tantum obligationem intervenire necesse est, qua frater debitor in proposito teneatur patri. *d. L. frater*, in pr. *de cond. ind.*

XII. Est et, ubi is, cui promittitur, actionem acquirere non possit in ea caussa, de qua agitur. Unde simul eveniat, ex illius persona, ne promissor ei obligetur. Id accidit in his, qui consentire, et ea præstare recte possunt, quæ sunt contractus: quibus iisdem conditione personæ ab eo qui promittit, obligatio acquiri potest: sed certis de caussis prohibentur jure certis de rebus, aut certis modis contrahere. Quorum hæc est summa. Sunt enim, quibus interdictum est, sibi res aliquas parare. Sunt, quibus interdicta sit rerum alienarum conductio.

XIII. In priore genere observavimus hos esse, præsides provinciarum; eos qui sunt cum præsidibus, eos qui officii caussa in provincia agunt; milites item qui agunt in provincia aut præsidii, aut belli caussa; palatinos; item tutores, curatores, et generaliter omnes qui negotia aliena administrant. In quibus omnibus contrahendi interdictio non est una. Ideo conveniet notare in singulis, quid hic cujusque generis sit proprium.

XIV. Præsides provinciarum prohibentur in ea provincia, quam administrant, donationis caussa accipere, item emere, res

(3) Dissentit Gœd. *de Contr. stip. C. 7. n. 43. et seqq.* quia nec jus vetus, quoad hoc correctum, nec jus familiæ in adventitiis filiofamilias tributum.

(4) Et inter omnes fratres ejusdem familiæ inducta eadem unionis fictio, per necessariam consequentiam, ut ex §. 9. *et* 10. *I. de testam.* probat Hot. *in L. frater a fratre* et consentit Gœd. *de Contr. stip. C. 7. n. 85. per L. 67. §. 3. de rit. nup.* Ant. Fab. 20. *Conject. ult.*

quidem mobiles alias, quam quæ ad victum et vestitum pertinent: immobiles autem omnes sine exceptione, præterquam in hac re una, si sint prædia paterna, quæ a fisco distrahantur. *L.* 1. *C. de contract. jud. L. qui officii*, *D. de contr. empt.* Hac interdictione fieri intelligimus, ut si quid isti contra pacti sint sibi dari, aut emerint, pactio, et emptio sit inutilis. Unde evenit, ut qui promiserunt, vendiderunt, rebus integris non obligentur: ut fit in omnibus rebus adversus legis interdictionem et voluntatem contractis. *L. non dubium.* in fin. *C. de legib.* Quod si nihilominus illis res tradita erit ex his caussis, placet eum qui dedit, rem ut minime translatam, ac proinde tanquam suam vindicare posse: sic tamen, ut æstimatio vindicatæ fisco inferatur. *L. aufertur.* §. *quod a præside*, *D. de jur. fisc.* Iidem ex provincia, quam administrant, mulierem oriundam, vel ibi domicilium habentem, uxorem ducere prohibentur. *L. si quis officium*, 38. in princ. *D. de rit. nupt.* Itaque si duxerint, et dos nondum data erit, quæ his promissa erat, non debebitur ab eo, qui promisit, ut promissa contra legem. *d. L. non dubium*, *Cod. de legib.* Si data sit, placuit dotem (5) caducam fieri, ut significatur in *d. L. si quis officium*, §. 1. *de rit. nupt.* Dicitur autem in usu juris res caduca, quæ a domino cecidit, et fisco vindicatur, ut solent res vacantes. *L. item veniunt*, §. *ait senatus; eum ante quam*, *D. de hered. pet.* Iidem præsides prohibentur (6) negotiari, mutuamve pecuniam dare, fœnusve exercere vel per se, vel per alium. *L. principalibus*, *D. si cert. pet.* Ergo in negotiatione venditio inutilis, ut nec obligetur qui emit. Et si pecunia ab his mutua data erit, non obligabitur, qui accepit neque ad usuras, neque adeo ad sortem ipsam. *d. L. non dubium*, in fin. *C. de legib.* Sed non ideo manebit pecunia mutua apud eum, qui accepit, aut pretium rei venditæ et traditæ apud emptorem: sed ut in rebus præsidi donatis constitutum est, ut revocatæ æstimatio inferatur fisco, dos data fiat caduca: eodem exemplo recte defendetur et pecuniam mutuo datam, et æstimationem rei venditæ fieri caducam, et fisco inferendam. Harum autem interdictionum rationum reddidi in commentariis ad *d. L. principalibus*, *D. si cert. petat.*

XV. Sed admonendi sumus has interdictiones pertinere ad præsides provinciarum, quales fuerunt sub imperio Romano, de quibus et constitutiones superiores loquuntur; id est ad temporales. Quod si qui sint moribus nostrorum temporum alicubi perpetui, ad eos hæ interdictiones non pertinent, uti nec ad omnes provinciæ officiales perpetuos. *L. præsidis*, *D. si cert. pet.* Magistratibus urbis Romæ quanvis similiter temporalibus istorum Interdictum. Iis autem qui essent Costantinopoli, simile quiddam in emptionibus eorum et donationibus in eos collatis Justinianus interdixit, quod legere est *d. L.* 1. in princ. *C. de contract. jud.* Sed cum appareat certi loci constitutionem fuisse, et locus imperio Romano sit ademptus, nihil est, cur ea constitutione ad magistratus urbanos illius loci uti possimus.

XVI. Eos qui sunt cum præsidibus, ut nominantur in *d. L. principalibus*, *D. si cert. pet.* accipere debemus domesticos, et consiliarios præsidum, ut hoc verbi explicatur in *d. L. unica*, vers. *extremo*, *C. de cont. jud.* His eadem interdicta, quæ supra præsidibus. *d. L. unica*, in fin. *de contr. jud. dict. L. principalibus*, *D. si cert. pet. dict. L. si quis officium*, *D. de rit. nupt.*

XVII. Qui alterius officii caussa in provincia agunt, quod quidem officium temporale sit, non perpetuum, prohibentur in eadem provincia prædia comparare, præterquam si paterna eorum a fisco distrahantur. *d. L. qui officii*, 62. *D. de contr. empt.* Non ergo prohibentur comparare res mobiles quascumque. Sed nec immobilia oblata donationis et liberalitatis caussa, non pretio quæsita. Similiter nec mutuo pecuniam dare. Quæ omnia præsidibus interdicta supra diximus. Illud tamen amplius cum præsidibus commune, quod et qui officium quodvis in provincia administrat, inde oriundam aut ibi domicilium habentem non magis potest uxorem ducere. *d. L. si quid officium*, *D. de rit. nupt.* Et hæc interdicta his solum, qui officii caussa agunt in provincia. Illud ad omnes officiales etiam urbanos pertinet, quod placuit, ne quis ex officio, quod administrat, emat quid vel per se, vel per aliam personam. Alioqui ut non solum rem amittat, sed et in quadruplum teneatur fisco.

(5) *L.* 61. *de rit. nup.* Cujac. 1. *Obs.* 11. Rad. Forner. 4. *Rer. Quotid.* 17. Dissent. Brisson. *de J. connub. pag.* 561. volens ut a fisco auferatur, proprium esse incestarum nuptiarum. *L.* 52. *d. tit.* et A. Fab. 1. *Jurisp.* 9. *Pr.* 1. *Ill.* 12. *per leg.* 63. *in fin. de ri. nupt.*

(6) Quæ ratio pete ex *Comm. Don. ad d. L.* 33. quorum forte epitomeo, si res, meæ ferent, posteriori parti subjungam, ideoque hac de re nihil hic adnoto.

L. non licet, D. de con tr. empt. Ex officio autem quid emere dici videtur is, qui cum ex officio quod gerit, res aliquas publice distraheret, aut distrahere deberet, earum se emptorem constituit, et ex ea caussa ad se transtulit. Aut enim clam et mala fide id facit, aut si aperte in licitatione publica se ipsum ad licitationem intrudit, facile ab emptione deterrebit emptores cæteros, ut ita quam minimo emat. Quorum neutrum ferendum est in eo, qui ita munere publico ad suum compendium abutatur.

XVIII. Militibus qui in provincia agunt, hoc tantum ademptum, nec possint (7) prædia comparare in ea provincia, sed cum eadem illa exceptione, præterquam si paterna a fisco distrahantur. *d. L. qui officii, D. de contr. empt.* Unde intelligimus cætera quæ diximus interdicta es e supra scriptis personis. libera esse militibus, quanvis in provincia degentibus.

XIX. De palatinis exstat constitutio in *L. ult. C. de rescind. vend.* qua cautum est, si quid vestium auri et argenti, vel mancipiorum contigerit venundari a privatis principis, non licere palatinis quidquam earum rerum emere; pœna hac indicta, ut infirmato contractu etiam pretium amittant. Alciatus ad *L. principalibus, D. si cer. pet.* recte hæc verba sic accepit, ut privati principis intelligantur comites seu præfecti rerum privatarum principis. Palatini autem horum comitum et præfectorum assecla et comites. Unde intelligitur interdictionis ratio. Nam si isti ad emptionem admitterentur, facile futurum est propter gratiam, aut nonnullam potentiam quæ metuuntur in vulgus propter ipsos præfectos quibus grati sunt, ut dimoveant ab emptione cæteros, quo rem auferant, atque ita aut rem quam minimo emant, aut non patiantur tanti emi, quanti alii forte empturi forent, non sine damno rei privatæ principis.

XX. De tutoribus, et cæteris rerum alienarum administratoribus ita scriptum in *L. si in emptione, §. ult. D. de contrah. empt.* tutores, curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt, rem domini cujus negotia sunt, emere non posse; etiamsi res in ea caussa sit, ut vendi possit; ne scilicet munere ad utilitatem dominorum comparato ad suum compendium per speciem officii abutantur, ut significatur in *L. non existimo*, in fin. *D. de adm. tut.* Sed hoc sic accipiendum est, nisi quid istiex bonis domini, quæ distrahi possunt, palam et bona fide emant. Hoc enim etiam tutori in bonis pupilli facere licere supra ostendi, cum de potestate tutoris in rerum pupilli administratione agerem *Lib. 3. Cap. 12.* et concessum est nominatim in *L. cum ipse, C. de contr. empt.* quod multo magis et cæteris rerum alienarum administratoribus licere intelligendum est. Neque ideo hæc pugnantia esse quis existimet, quod in *d. L. si in emptione. §. ult.* nihil distinguitur, sed generaliter dicitur, tutorem rem pupilli emere non posse. Nam bis ipsis verbis satis continetur superius illud temperamentum, si attendere volumus. Quod enim dicitur tutorem emere non posse; cum hoc ad conditionem et munus personæ relatum est, apparet sic accipi debere, si ut tutor emat. Quod si emat non officio tutoris fingens, sed ut extraneus quivis a tutore emens faceret, in eo pro extraneo, non pro tutore est habendus, idemque illi in hac re licere quod extraneo, intelligendum est. Et hoc ita esse indicatur in *L. non existimo, D. de adm. tut. L. tutores, D. de auct. tut.* Jam vero tutor ut extraneus intelligitur emere, cum palam et bona fide emit. Quapropter quominus tutor ita emat, superiore generali definitione non prohibetur. Quod tum intelligetur, cum scierimus quid sit palam et bona fide emere De quo scripsi, eadem illa potestate tutoris in rebus administrandis ita exigente, eodem *Lib. 3. Cap. 12.*

XXI. Sunt, ut dixi, quibus proprie interdicta sit rerum alienarum conductio. In quibus sunt tutores, curatores, milites, ecclesiasticæ personæ, curiales, fabricenses. Tutoribus et curatoribus pariter interdictum, ne quandiu tutelam aut curam gerunt, aut finita tutela vel cura priusquam rationes reddiderint, quidquam conducant de patrimonio principis, aut a fisco. Traditum in *L.* οἱ ἐπίτροποι 49. *D. loc.* Unde intelligitur si conducant, nullam hinc obligationem esse neque locatoribus, neque conductoribus, ut de curialibus in simili interdictione cautum est in *L. curialis, C. de locat.* Adjecta etiam ibidem hæc pœna adversus tutores et curatores, qui dissimulantes ad conductionem accesserint, ut tanquam falsarii puniantur.

XXII. Militibus in universum interdictum, ne alienas res conducant, neve pro-

(7) Nec equum militarem extra provinciam ducere licet *L. 12. §. 1. de re milit.* Briss. 4. *Antiq.* 4. Nobilibus quoque negotiatio prohibita *L. 3. C. de commerc.* vid. Tiraq. *de Nobil. C.* 33. Nicli *Disp. feud.* 2. *Th.* 6. *lit. A.*

curatores, aut fidejussores, vel mandatores conductorum fiant. *L. milites, C. de locat.* Ex quo quidem in obligatione pœnam eamdem intelligi oportet, ut si quid contra factum erit, nulla sit in utramque partem obligatio. Sed et pœna gravior constituta est a Justiniano in eamdem rem in *L. ult. C. de locat.* ut milites qui conduxerint, ipso jure militiæ honore cadant: qui autem locaverunt, nullam exactionem habeant adversus conductores, atque ita reditibus suis excedant. Hoc tamen ita, si quis sciens militi locaverit. Aut alio conducente militem procuratorem vel fidejussorem admiserit. Quod si ignorans fecerit, placet eum non amittere rerum ex conductione præstandarum exactionem. *L. si ignorans, 50. D. loc.*

XXIII. Idem interdum ecclesiasticis personis omnibus, sive quæ munere aliquo jam fungantur in ecclesia, ut ministri verbi, sive quæ ecclesiæ addictæ ad operam ecclesiæ in aliquo munere navandam destinatæ sunt. De his cautum *Novel. de sanct. epis. §. alium.*

XXIV. In eadem caussa (8) curiales, de quibus cautum est in *L. curiales. C. de loca.* Quo jure posito consequens fuit, ut idem interdiceretur fabricensibus. Nam et fabricenses sunt ex numero curialium. *L. fabricenses, C. de decur. Lib.* 10. Idque ita factum est: exstat constitutio in *L. ult. C. de fabric. Lib.* 11. Qui sint curiales diximus supra suo loco, *Lib.* 2. *Cap.* 21. Fabricenses autem dicebantur, qui ex ordine curialium adhibiti erant fabricis publicis monetariis monetæ ibi cudendæ caussa, ut licet intelligere ex toto *Tit. C. de fabric.*

(8) Vid. de his P. Nicol. Mozz. *de Locat. Cap.* 3. *de his qui possunt locare, etc.*

CAP. XXIV.

De obligatione filiifamilias in mutuo: seu De senatusconsulto Macedoniano. Ac primum quid Macedonianum vetet de pecunia filiofamilias mutuo danda: et quæ ratio vetandi.

Methodus et ratio ordinis. I.
Filiusfamilias ex omni caussa obligatur, præterquam ex voto publico, aut ex credita pecunia. II.
De voto alibi, et quare. III.
Pecunia credita quominus obligetur filiusfamilias, prohibet S. C. Macedonianum. Hoc unde appellatum. IV.
Macedoniani S. C. summa capita tria: prohibitio, pœna, et exceptiones. V.
Quinque prohibitionis partes, easque vel ad contrahentium personas, vel ad rem prohibitam referri. VI.
Ad mutuantis personam prohibitio 1. *ne quis det. Quæ hujus verbi vis, et significatio.* VII.
2. *Ad accipientem, ne filiofamilias detur. Qui filiifamilias nomine ex S. C. sententia contineantur.* VIII. XII. XIII.
Contrariis occurritur. IX.
Quare filiusfamilias miles prohibitione non contineatur. Quid huic a jure veteri permissum; et quid amplius a Justiniano tributum. X.
An privilegium militi a Justiniano datum ad illos pertineat, qui togati Reipublicæ militant. XI.
Macedoniano S. C. cautum vitæ atque existimationi parentum. XIV.
3. *Res prohibitioni subjecta, sola mutui datio; non alia contrahendi caussa; non ipsa pecunia ex alia caussa debita a filiofamilias, et deinde in mutuum versa; et quæ discriminis ratio.* XV. XVI.
4. *Nec cujusvis mutui seu rerum quæ pondere et mensura continentur, sed solius mutuæ pecuniæ datio. Interpretatio pecuniæ ex Ulpiano; et quæ hujus definitionis diversa ratio.* XVIII.
Nisi et in aliis rebus mutuo datis, et ex aliis contrahendi caussis fraus S. C. fuerit cogitata. XVII. XVIII.
Pecunia mutuo data etiam sine usuris a Macedoniano S. C. vetita, et quare. XIX.
5. *Datio, non mutuæ pecuniæ promissio; qui hujus animadversionis usus.* XX.

I. His in universum cognitis de iis personis, quæ obligari non possunt, redeo ad obligationem filiorumfamilias, et mulierum quas et ipsas personas quibusdam in caussis non obligari diximus. Sed cum earum exceptiones in hoc genere pleniorem et pru-

prium tractatum desiderare viderentur, ideo in hunc locum distulimus, ut separatim exposite melius exstarent, neque impedirent reliquarum personarum hujus generis cognitionem, de quibus jam dicam.

II. Ergo ut supra posuimus, regulariter filiusfamilias ex omnibus caussis tanquam paterfamilias (1) obligatur. *L. tam ex contractibus, D. de jud. L. filiusfamilias, D. de oblig. et act.* Exceptæ duæ caussæ: votum in caussa publica, et pecunia credita in re privata et familiari.

III. Voto (2) filiusfamilias jure Romanorum sine auctoritate patris non obligatur. *L.* 2. §. 1. *D. de publ.* Sed cum voveatur Deo, et voti solutionem nomine Dei exigat respublica, magis hæc præstatio ad jus publicum pertinet, ut et jus omnium pollicitationum. Unde et *Titulus de pollicitationibus in Pandectis* in tractatum de jure publico relatus est. Quapropter et in eum locum hæc quæstio rejicienda est. Et sane ad id quod instituimus, non pertinet. Agimus enim de obligationibus quæ sunt ex contractu. In voto et in pollicitatione omni nullus est contractus, quia non est conventio, *L.* 3. in princ. *D. de poll.* quod et supra attigimus.

IV. Ex pecunia credita si qua est obligatio, ea huc pertinet. Est enim et ex contractu, et privata, utpote quæ quæratur etiam privatu creditori. Nunc ergo de ea agimus, et ita jus est, ut nec ex pecunia credita obligetur filiusfamilias. Id effectum est senatusconsulto Macedoniano, quod exstat in *L.* 1. *D. de senat. Macedon.* ut sententia ejus senatusconsulti cognita, simul quæ hic et qualis obligatio sit filiifamilias, intelligatur. De qua dicam, si prius monuero de verbo, appellatum esse hoc senatusconsultum præter morem aliorum. Nam cætera senatusconsulta more Romano nomen habent ab eo Consule primo, quo in Senatu verba faciente Senatusconsultum in ejus sententiam fiebat: ut Trebellianum, Pegasianum, Orphitianum, et hoc ipsum, quod proxime sequitur de intercessionibus mulierum Vellejanum, et similia, ut indicatur his locis, *L.* 1. *D. ad Trebellian. §. restituta. §. sed quia heredes, Inst. de fid. her. Instit. de sen. Orph. L. item veniunt, §. pridie, D. de her. pet.* Aliter (3) Macedonianum: cui nomen est a Macedone, non filiofamilias juvene et luxorioso, cui credita esset pecunia, ut Theophilus scribit in *§. penult. Instit. quod cum eo.* Sed improbo et insigni (4) fœneratore, qui huic senatusconsulto caussam dedit, ut senatusconsulti verba liquido indicant.

V. Hujus senatusconsulti summa paulo pluribus et dilucidius comprehensa est in

(1) Cur contrahere potest, qui testari nequit. Resp. Gomez. 2. *Res.* 1. *n.* 2. quia ad contractum sufficit spes acquisitionis probabilis. Et licet nec emancipetur: tamen personam habet quæ carcerari potest, si judicatum condemnatus facere nequeat. *L.* 1. *L. pen. C. Qui bon. ced.* in verbis; *ne patiantur injuriam.* Hot. *ad L.* 6. *C. de judic.* Convenitur igitur et patre vivente, licet condemnatio contra eum facta ad bona paterna, non peculiaria, non extendatur. Nic. Sudor. *Lib.* 1. *Disp. Civil. pag.* 14.

(2) Unde Serv. in illud Virgilii

Ipse pater voveo famulam . . . . . .

Bene pater, inquit, *quia vovendi potestatem non nisi patres habent*, ref. Andr. Clud. *de Condict. C.* 3. *n.* 49. Quæ ratio? Eadem quæ facit ne testari possit: quia non habet quæ voveat: ita post Alc. 5. *Parerg.* 9. Jerem. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 13. *n.* 4. *et* 5. Hopper. *Lib.* 3. πιθανῶν *pag.* 93. sic: quia votum personam voventis, quæ in dominio patris, non rem quæ vovetur obligat ac afficit *d. L.* 2. *pr.* Utraque ratio contractibus communis, ideoque inconveniens. Vid. Goth. *ad d. L.* 2.

(3) Factum autem id tempore Vespasiani. Sueton. *in Vespas. C.* 11. tametsi et aliquid ea de re cautum tempore Claudii: Senatusconsultum tamen hoc plenius. Duar. *h. t. C.* 1. Diss. P. Fab. 1. *Semest.* 25. *pag.* 168. volens Claudio Imp. et Vitellio Coss. conditum A. V. C. 799. Fuit et antea ejus sententia Romanis in usu, ex lege Solonis Wes. *in Par. h. t. n.* 1. Quo et Terent. *in Phorm. Act.* 1. *Sc.* 5. videtur, alludere: Vid. Alex. ab Alex. *Lib.* 1. *Gen. Dier. C.* 7.

(4) Quia credebat incertis nominibus *d. L.* 1. *pr* Incerta nomina quæ sint, varii varie. Accursius refert ad debitorum personas, quia incertum et ex casu mortis paternæ pendens an aliquid recepturus. Quamvis autem simili sensu Horatius:

Cautos nominibus certis expone nummos,

tamen hoc ei loco minime convenit. Neque enim odio sed commiseratione dignus fuisset Macedo. Budæus intelligit causas titulosque credendi, quos cautionibus non adscripsit, ne turpitudo ejus manifestaretur et Wes. *in Par. n.* 2. ac Hot. 6. *Obs.* 19. ex *Cic. Frumentaria et Quintiana.* Quod reprobat Forc. *Dial.* 98. *n.* 1. *et* 2. exponens chirographa sive cautiones, quibus non factum certum solutioni tempus, ut subinde debitorem creditor vexare possit. Aliter Ræv. *ad L.* 24. *de R. I.*

d. §. *illud*, *Instit. quod cum eo.* Sed partes pluribus verbis, et diligentiore explicatione egent. Habet præterea et senatusconsultum ipsum ex senatusconsulti sententia exceptiones complures, neutro in loco superiore expressas. Quæ cum omnia ad cognitionem senatusconsulti necessaria sint, de his ordine dicendum est. Ut autem genera possint constare, de quibus hic quæritur, animadvertendum est senatusconsulti duas esse partes, ut ostenditur in *d.* §. *penult. quod cum eo.* Constat enim prohibitione, et pœna: dum et prohibet pecuniam mutuam dari filiofamilias: et si contra factum sit, pœnam statuit. His si addiderimus senatusconsulti exceptiones, intelligemus summam totius senatusconsulti sententiæ ad tria ista capita referri. De quibus eodem ordine dicemus.

VI. Ergo quod senatusconsultum prohibet, tale est. Vetat, ne quis filiofamilias mutuam det pecuniam. Sic dicitur prohibere in *d.* §. *penul. quod cum eo*, prohibitionis autem superiora verba expressa sunt senatusconsulto in *L.* 1. *D. eod.* His verbis paucis quinque continentur; totidem sigillatim expendenda, quia juncta locum senatusconsulto faciunt; si quid autem eorum desit, senatusconsulto locus non est. Ex quibus duo priora ad personas contrahentium pertinent; posteriora tria ad rem hic prohibitam.

VII. Primum vetat, ne quis det. Quibus verbis omnibus creditoribus cujuscumque conditionis sint aut ordinis, interdicta est mutui datio, quæ in filiumfamilias conferatur. Proinde non in privato tantum, sed et in (5) civitate mutuam pecuniam dante filiofamilias senatusconsultum locum habere placuit. *L. nihil. D. eod.* Qua ratione idem et in fisco admittemus.

VIII. Secundo loco vetat dari nominatim filiofamilias. Filiusfamilias in usu juris is dicitur, qui est in potestate parentis. *L.* 4. *D. de his qui sunt sui vel al. jur.* Sed proprie et ex significatione verbi, is qui masculus cum sit, est in potestate non cujusvis parentis, sed patris, cum quo collatus, dicitur ejus filius. Et quidem in sexu nemo dubitat, quin filiafamilias non sit filiusfamilias. Quod autem ad gradum attinet, constat distinctos esse liberorum gradus, et eos qui primo gradu sunt, dici filios; qui secundo, nepotes avo; qui tertio, pronepotes proavo, et ita deinceps. Denique aliter filios; aliter nepotes, et reliquos liberos appellari. §. *postumorum*, *Instit. de exhib.* *lib.* *L.* 6. *D. de test. tut.* Hinc quæsitum, an senatusconsultum in sexu ad filiasfamilias, in gradu ad nepotes, qui essent in potestate avi; pronepotes, qui essent in potestate proavi, pertineret. Et placuit omnes filiifamilias appellatione contineri, et ad senatusconsultum pertinere. De filiafamilias traditum in *L. sed si paterfamil.* §. *hoc senatusconsultum. D. eod.* Et recte. Est enim hoc ex sententia loquentium, et usu perpetuo juris, ut pronuntiatio sermonis in sexu masculino, ad utrumque sexum pertineat, nisi quid aperte refragetur. *L. pronuntiatio*, in prin. *L. verbum hoc*, *si quis*, quæ est *L.* 1. *L. liberti*, *D. de verb. signif.* Ad nepotes autem et pronepotes senatusconsulti auxilium porrigi, licet filiifamilias meminerit, diserte scriptum est in *L. pen. C. ad senat. Mac.* Idem in *L. filium. D. eod.* Recte hoc quoque. Nam omnes, qui sunt in potestate parentis, quocumque gradu sint, ab eo, cujus sunt in potestate, in usu juris communi nomine appellantur filiifamilias. *d. L.* 4. *D. de his qui sunt sui vel jur. L. pronuntiatio*, *D. de verb. signif.* Et tamen quia non propria significatione verbi id fit, sed ex sententia loquentis, et usu juris recepto, ideo bene dictum est in *d. L. pen. C. eod.* senatusconsultum ad nepotes et pronepotes porrigi, non de his scriptum esse.

IX. Nec nos moverit, quod filiifamilias non possit dici conjuncto vocabulo, nisi qui et ipsi per se sint filii. Nam et nepotes, omnesque omnino liberi inferiores filii appellatione in usu juris continentur. *L. filii. L. liberorum*, in fi. *D. de verb. signif.* Negat tamen Ulp. contineri in *d. L.* 6. *D. de test. tut.* quod et refertur in §. *ult. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Sed id facit in ea specie cum quis tutorem dedit filiis, in qua voluntas testatoris refragatur, quominus videatur is hoc verbo sensisse etiam de nepotibus. Nam ut pluribus exposuimus *supra Lib.* 3. *C.* 4. primum sub appellatione certa liberorum non videtur filiis tutorem dando comprehendisse nepotes, quia non est existimandus voluisse gravius onerare tutorem, ut præter significationem propriam verborum videatur simul et filiis dedisse, et reliquis omnibus liberis. Alioqui infinitum ei imponeretur onus. Tum autem ne id quidem liberis expedit. Non enim omnes tutores omnibus liberis æque conveniunt. Qui conveniunt filiis, non continuo conveniunt nepotibus aut pronepotibus. Intelligitur autem pru-

(8) Ubi dubium movit, quod verosimile non sit, administratores cavisse velle liberos- familias corrumpere. Duar. *h. t. C.* 1.

dentia et sollicitudo parentis vigilasse, ut eos tutores daret, qui singulis convenirent. Nihil hujusmodi licet dicere in hoc senatusconsulto, in quo potius omnia concurrunt, cur beneficium constitutum in uno genere liberorum, qui sunt in potestate, ad omnes qui in eadem potestate sunt, ex æquo pertinere debeat. Sed et hic alia defensio parata est, eaque certior. Etsi enim concederemus filii appellatione non contineri nepotes, et reliquos liberos inferiores, quasi ea esset Ulpiani sententia superior; tamen ad hoc senatusconsultum non pertineret. Loquitur enim non de filio simpliciter, sed de filiofamilias. Hoc verbum, ut ante attigi, usus juris ita trivit, ut eo significentur omnes, qui sunt in potestate parentis, quisquis sit is parens, sive is sit pater, sive avus, sive proavus, et deinceps reliqui superiores. Idque ex eo licet intelligere, quod jus civile Romanorum cum de potestate liberorum hominum agitur, duo tantum hæc genera statuit, patresfamilias et filiosfamilias. Ut patresfamilias dicantur omnes, qui sunt sui juris, sive liberos habeant, sive non habeant: filiifamilias omnes, qui sunt in parentis potestate. *d. L. 4. D. de his qui sunt sui vel al. jur. d. L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verb. signif.* Scimus autem ex liberis non solos filios esse posse in potestate patris, sed et nepotes in potestate avi, et pronepotes in potestate proavi, atque ita deinceps. §. *ult. Inst. de patr. pot.* Summa ergo hæc est, verbo filiifamilias in senatusconsulto Macedoniano contineri omnes liberos, qui sunt in potestate, non tantum masculos, sed etiam fœminas; nec tantum qui sunt primo gradu filii, sed etiam qui sunt inferiores, nepotes, puta, in potestate avi pronepotes in potestate proavi. Idque et verba senatusconsulti postea arguunt. Sic enim verba sunt: *ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset.* Non dixit senatus, post mortem patris, sed parentis generaliter, ut intelligeremus, filiifamilias appellationem præcedentem referri ad omnem, qui fuisset in potestate parentis cujuscumque, ac non patris tantum, ut huic pecuniam cedere non liceat ex senatusconsulto. Atque ita sententia senatusconsulti expressa est in §. *illud*, *Inst. quod cum eo.* Nulline ergo sunt liberi, qui in potestate sunt parentis, quibus tuto credere liceat? Apparet, quandiu pro filiisfamilias habebuntur, vetare senatum omnibus pecuniam mutuam dari. Quid ergo, si filiusfamilias sit jam matura ætate, idem industrius, et frugi? quid si etiam sit magistratus, aut alia dignitate præditus? In quo hæc concurrunt, etiamne huic impune credere non licebit? Consequens est non licere. Idque ita placuit, estque in *L.* 1. §. 1. *D. de sen. Mac.* Merito. Nam qui nunc frugi est, licentia fieri potest luxuriosus, si cœperit valere mutuum, quod illi datur. In magistratu autem certior ratio est prohibendi, quia qui sunt in eo gradu, solent indulgere ambitioni, quoque sint gratiores vulgo, aut etiam quo majores videantur, solent esse profusiores.

X. Exceptus est tamen constitutionibus filiusfamilias miles, in quo placeat senatusconsultum cessare. Neque id præter verba senatusconsulti, sed quodammodo ex verbis, ne quis forte his verbis offendatur. Quia hoc ita receptum est, quasi filiusfamilias miles pro patrefamilias habeatur. *L.* 2. *D. eod. L. ult.* in fi. *C. eod.* propter peculium castrense videlicet, quod jam olim placuit proprium esse filiifamilias, ut patrisfamilias cujusque ea, quæ sunt ejus. *L.* 1. §. *nec castrense*, *D. de col. bon. L.* 3. *C. de castr. pec. lib.* 12. Qua de caussa placebat veteribus hactenus in milite cessare senatusconsultum, si peculium castrense haberet, et cessare usque ad quantitatem castrensis peculii. *L.* 1. in fi. et *d. L.* 2. *D. eod.* Justinianus in hac re plus militi tribuit in *L. ult.* §. *ult. C. eod.* Constituit generaliter, si filiusfamilias miles pecuniam creditam acceperit, stare oportere contractum; nulla differentia, introducenda, ob quam caussam pecuniæ creditæ, vel ubi consumptæ sint. Neque distinguit, utrum habeat miles peculium castrense, an non habeat: et si habet, utrum mutuum quantitatem peculii castrensis excedat, an non excedat. In quo apparet eum jus illud vetus mutasse. Neque vero utrum dicatur etiam in re ipsa parum interest. Nam qui dicit mutuum militi datum usque ad quantitatem peculii castrensis valere; duo complectitur, in quibus neget consistere mutui obligationem et actionem. Primum significat patrem eo nomine non teneri ne de peculio quidem. Non enim potest de peculio castrensi, quia id peculium non est patris, sed totum in jure et potestate filiifamilias militis. *d. L.* 3. *C. de castr. pecul. lib.* 12. De peculio militis profectitio posset conveniri: sed prohibet sententia superior. Sic enim conveniretur ultra quantitatem peculii castrensis. Quod illa sententia prohibet. Deinde iisdem verbis negat ipsum filiumfamilias teneri ultra, quam habeat in castrensi peculio. Ut si proponas habuisse eum in

peculio centum, et ducenta mutuo acceperit, debiturus sit tantum centum ex superiore jure: et quamvis postea emancipatus, aut aliter juris sui factus alia bona habere cœperit, nihilo tamen plus ab eo possit exigi, quam quatenus mutuum ante constitit, id est ad modum castrensis peculii. Utrumque horum sustulit, qui in persona filiifamilias militis confirmavit sine exceptione mutuum. Eadem enim opera constituit actionem de peculio adversus patrem ex jure communi, quo jure pater ex omni contractu filii justo tenetur de peculio. *§. actiones autem, Inst. de act.* et simul in solidum actionem, eamque perpetuam adversus filiumfamilias dedit.

XI. Nam idem dicemus in his, quibus quasi castrense peculium datum est constitutionibus, ut magistratibus, advocatis, professoribus liberalium artium, et similibus, de quibus in *L. ult. C. de inoff. test.* Et si recte dicitur cessare Macedonianum in iis qui castrense peculium habent hac ratione, quia filiifamilias in peculio castrensi vice patrumfamilias funguntur: *d. L. 1.* in fi. et *L. 2. D. eod.* facit hæc ratio, ut in iis, qui peculium quasi castrense habent, idem admitti debeat. Non enim minus de his vere dici potest eos in peculio quasi castrensi vice patrisfamilias fungi. Quoniam utrumque peculium in filiisfamilias eodem jure habetur, et quidem jam olim. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. bon. §. ult. Inst. de mil. test.* Sed adjiciemus in his id, quod olim in milite, his scilicet pecunia mutuo data cessare quidem senatusconsultum, sed usque ad quantitatem peculii quasi castrensis. Vetus hoc jus erat in milite filiofamilias, cujus exemplo nunc utimur. Quare nisi superiore constitutione Justiniani immutatum sit in horum quoque posteriorum persona, id etiam nunc in illis manere oportet. *L. præcipimus*, in fi. *C. de appellat.* Nihil autem proponitur in ea constitutione, cur mutatum existimari debeat. Cavet ea constitutio tantum de filiofamilias milite: nihil de iis, qui reipublicæ militare dicuntur in toga, quorum peculium est quasi castrense. Etsi daremus in his forte eamdem rationem esse, quæ est in milite; tamen in vetere jure innovando hæc regula perpetuo tenenda est quæ traditur in *d. L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.* quidquid posteriore lege innovante specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere. Nunc autem ne in posterioribus quidem istis, qui castrense peculium habent, eadem ratio est, quæ in milite. Certe ratio Justiniani reddita in milite in *d. L. ult. C. ad senat. Mac.* ad istos non pertinet. Ait enim in persona militis filiifamilias mutuum consistere, quia cum et in aliis juris articulis plerisque non sit absimilis iis, qui sunt juris; tum vero ex præsumptione omnis miles non credatur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere, nisi in caussas castrenses. Hæc ratio ex institutis et disciplina militari Romanorum recte convenit militibus, qui sub armata militia stipendia merent. Iti enim vetere disciplina versabantur semper in castris, in quibus et laboribus militiæ perpetuo exercebantur, ut quibus abesse non liceret, nisi commeatu impetrato. Quo fiebat, ut non viderentur facile impendere posse acceptam pecuniam, nisi in res ad castra, et vitam castrensem pertinentes. In hac autem, qui libere versantur in civitate, quibus licet exire et redire, quo volunt, et quando volunt, quibus denique non minus obvius est et liber luxus ac convictus urbanus, quam cæteris; in his, inquam, perspicuum est idem dicere non licere.

XII. Hæc de iis filiisfamilias dicta sunt, quos constat tales esse, cum mutuam pecuniam accipiant. Quid si tum pendeat, an sit in potestate filius, quoniam patrem apud hostes habeat? Dixeris quidem recte eventu solo certum fieri, utrum tum fuerit in potestate, necne: quia redeunte patre perinde habeatur, quasi si in civitate semper mansisset, et filium habuisset in potestate: patre apud hostes mortuo, jam ab initio ex quo pater captus est, videatur illius sui juris fuisse. *§. si ab hostibus, Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* ut priore casu certum esse incipiat senatusconsulto locum esse: posteriore cessare: nec vero ante possit de eo statui. Quid ergo interim fiet, si proponas pecuniam interim filio mutuam datam? an quia pater mori potest apud hostes, ideo tanquam patrifamilias datum repetere licebit: an vero quia pater potest redire, ideo non licebit repetere tanquam datam filiofamilias? Et placet interim denegandam actionem. *L. 1. §. 1. D. de sen. Mac.* nempe ideo, ne data interim actione, fiat contra senatusconsultum, si forte pater ab hostibus redeat, quod potest accidere.

XIII. Sed et senatusconsultum vetat mutuam pecuniam dari filiofamilias, id est, ei qui sit in potestate parentis, sive hunc talem esse constet, sive hoc ipsum sit in pendenti, nisi pro patrefamilias habeatur, ut miles: ideo de filiofamilias tantum cavendo, hoc ipso cæteris, qui sui juris sunt,

licet filiis, quoscumque parentes habeant, mutuam pecuniam dare concedit. Sic enim jus accipitur, ut quod in certæ conditionis personis adimitur lege; id aliis omnibus hoc ipso concessum intelligatur. *L. qui testamento*, §. *mulier*, *D. qui test. fac. poss.* Hoc amplius et quod non interdicitur jure, id cuivis intelligitur licere. *L.* 1. §. 1. *D. de testib. L. mutus*, §. 1. *D. de procur.* Hinc fit, quod prima fronte videatur mirum. Finge enim patri duos esse filios, unum filiumfamilias, alterum emancipatum; illum frugi, industrium, magistratum; emancipatum autem nec frugi, nec industrium, et privatum, puta negotiatorem. Si tamen pecunia mutua data erit isti filiofamilias, mutuum non consistet, vetante Macedoniano, ut supra diximus. Si data erit emancipato, consistet: quia non est impedimento senatusconsultum, quod tantum vetat dari filiofamilias. Quod quidem videri potest etiam constitui absurde. Quid enim, an in posteriore non multo plus periculi est, ne pecuniam acceptam male consumat, et prodigat quam in priore? et si luxuria metuitur, an non hic posterior opportunior videtur corruptelæ, aut certe an non ambo opportuni æque? Et omnino constituerentur ista absurde, si hic vetaretur mutuum filiifamilias caussa et ne res suas male consumeret in luxuriam. Nam in quibus major esset hic metus, in his multo magis jus idem statui oporteret. Sed consilium et ratio senatusconsulti cognita rem expediet. Ideo hic primum locus postulat, ut hanc cognoscamus.

XIV. Propositum vero est senatusconsulto consulere potissimum parentibus, quorum in potestate est filius, qui pecuniam mutuam accepit: Offendit senatusconsultum, inquit Ulpianus solus, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit. Nam pecuniæ datio perniciosa eorum parentibus visa est. *L.* 3. §. *is autem D. de sen. Mac.* Sed quomodo perniciosa eorum parentibus, cum liberum sit parenti non concedere filio peculium profecticium; non possit autem ex quovis contractu filii conveniri pater, nisi de peculio? cur etiam perniciosa in filiofamilias potius, quam in cæteris liberis? Id paulo plenius explicatur in §. *pen.* in fin. *Inst. quod cum eo*, his verbis: *quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum* (6) *insidiabantur.* Itaque si hoc idem explicatius dicendum est et planius, intelligemus ex hoc loco, duas res caussam dedisse senatusconsulto, luxuriam seu corruptelam filiorumfamilias, et periculum, quod inde nascitur parentibus. Luxuriæ materia filiisfamilias certa parata est, si mutuum pecuniæ creditæ eum his consistere cœperit. Sic enim facile adolescentes luxuriosi reperient eos, qui dent mutuam pecuniam, quam deinde ipsi licenter in luxuriam profundant. Idque facient audentius, dum videbunt se nihil habere, in quo possunt conveniri in præsentia, de futuro securi. Tolle mutui hujus obligationem: luxuriæ materiam sustuleris. Nam spe recipiendæ pecuniæ sublata, nemo illis mutuum dabit. Ubi non acceperint, nihil erit, quod consumant. Sed nihil ad rem pertineret luxuria filii pecuniam accipientis, nisi hinc nasceretur periculum parentibus, quibus potissimum senatusconsultum voluit. Hoc periculum duplex: unum existimationis, alterum vitæ. Non potest filiusfamilias luxuriose vivere sine certo dedecore parentis, cujus est in potestate. Nam si scit parens, debet prohibere, quia potest. Habet enim eum in potestate, et potest eum cogere atque adeo coercere, si videtur, pro jure et imperio potestatis. Si ignorat, tamen hæc ipsa turpis ignorantia est, nec ferenda. Nam cum eum habeat domi, aut aliis in locis volens, advigilare debet, et prospicere, ne corrumpatur. Sed accedit periculum majus, quod intentatur parentis vitæ. Nam filiusfamilias ubi multa prodegerit, tandem obrutus ære alieno incipiet optare mortem patris, ut bonis mortui potitus se eo ære exsolvat. Ex eadem re etiam eo deducetur, ut velit etiam insidiari vitæ patris. Istarum ergo rerum materiam et periculum præcidere propositum fuit senatusconsulto. Nihil horum ita metui potest in filio emancipato. Nam cum venerit in bona sua sui juris factus, timidius sumet mutuum, quod consumat, sciens futurum, ut de suo statim dependere coguntur conventus. Ut autem forte id non metuat, et si luxuriosus, qui sua et

(6) Expectata eorum morte *d. L.* 1. *in fin. pr.* Expectati enim dicuntur parentes, item filii parentibus, Terent. *in Adelph. Potius quam ubi te expectatum, ejecisset foras*: quorum mores in dies singulos exoptantur. Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 13. Hinc Abb. Panorm. *in C. quia plerique de immunit. Eccl.* hodie inter Christianos non esse locum SC. Macedoniano quia ratio illius deficiat, cum hujus religionis filiusfamilias non credatur insidias vitæ paterni moliri; ref. et reprobante Gomezio 2. *Resol.* 6. *n.* 2. *et C.* 15. *num.* 10.

aliena æque cupide consumat: tamen nullum hinc admodum ereatur periculum parenti, quale supra metuebamus. Nulla certe in eo turpitudo patris. Is monere potest filium, ne sua profundat, et vivat luxuriose. Repugnantem cogere non potest, qui eum non habet in potestate. Vitæ periculum domesticum emancipatione sublatum. Nam eum emancipatus transeat in aliam familiam et aliam domum, non magis pater expositus est hujus insidiis, quam cujusvis alterius extranei: quod non item licet dicere in eo, qui versatur in eadem domo. Postremo cum emancipatus sui juris et arbitrii esse cœperit, nihil caussæ dici potest, cur non eodem jure utatur in rebus omnibus, quo cæteri patresfamilias. Neque damnum pecuniæ patri illum, quia pater ex contractibus filiorum emancipatorum non tenetur ullo modo. *L. 1. C. ne fil. pro pat.*

XV. Tertium est in prohibitione senatusconsulti, quod est in re prohibita primum, quod vetat non contrahi cum filiofamilias, sed filiofamilias, mutuum dari. Proinde quocumque alio modo cum filiofamilias contractum erit, quocumque alio ille fidem suam obstrinxerit, valebit quod gestum est, tanquam gestum eum patrefamilias, quia hic cesset senatusconsultum. Veluti si quid vendiderit, emerit, permutarit. *L. 3. §. is autem, D. eod.* Nec intererit, utrum non utiliter gerat, an se obligando perdat. Itaque etsi fidejusserit pro alio, placet eum in universum obligari. *L. item* in pr. *D. eod.* et tamen constat fieri posse, ut fidejubeat pro eo qui solvendo non sit, aut fidejubeat animo donandi. Idem placuit, etsi quod mutuum alii dedimus, filiusfamilias novandi animo in se suscipiat. *L. si quod alii, D. eod.*

XVI. Longius itum est. Adeo enim visum est, quidquid filiusfamilias ex alio contractu debere cœperit, consistere in eo obligationem, ut si primo cœperit debere pecuniam ex alia caussa, deinde convenerit, ut eam retentam sibi mutuam haberet; placeat nihilominus eum pariter teneri. *L. 3. §. is autem, D. eod. L. tertia. Cod. eod.* Atqui hac conventione posteriore pecunia mutua facta est. *L. singularia, D. si cert. pet.* Sed non est data, et ideo cessat senatusconsultum, inquit Ulpianus *d. L. 3. §. is autem.* Atenim, dicat aliquis, nihil interest, utrum dem tibi pecuniam, an meam, quæ apud te erat, velim apud te esse, ut tua fiat, aut fiat mutua. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acquirend. rer. domin. L. certi, §. ult. D. si cert. pet.* Dicendum est nihil interesse ad dominium transferendum, aut mutuum constituendum: ad sententiam autem senatusconsulti, idest ad (7) corrumpendum filiumfamilias multum interesse. Nam cui pecunia datur mutua, is accipit, quod consumat. Hanc consumptionem impedire voluit senatus. At cui pecunia non datur, sed quæ jam illius erat, ei permittitur, hic nihil accipit, quod possit consumere, nec magis habet ex hac conventione, quam prius. Hinc est altera ratio, qua hoc posterius mutuum defenditur in *d. L. 3. C. eod.* originem scilicet potius obligationis in hoc mutuo, quam titulum actionis considerandum esse. Titulum actionis vocant Imperatores nomen actionis novæ, quæ de ea pecunia competit. Ideo autem origo obligationis potius in hoc mutuo spectanda est, quia nova actio priori subjecta nihil inducit novi contra senatusconsultum, quod vetat pecuniam dari, nec quidquam adfert, quod in priore obligatione non fuerit, ut ante dixi. Cur ergo cætera negotia concessa sunt filiofamilias, solum mutuum ademptum? Quia id consentaneum est superiori rationi senatusconsulti. Ex mutui datione materia luxuriæ darata est; unde et periculum sequens, quod diximus: ex cæteris contractibus non item. Nam ex mutuo pecuniam accipit filiusfamilias quam facile prodigat. Ex cæteris caussis, non accipit, sed incipit debere, quod præstet. Quo plura de his quæ habet, præstiterit, et minore fructu, eo minus illi facultatis suppetet ad luxuriam, quod consilio senatusconsulti convenit.

XVII. Quod tamen diximus quidquid cum filiofamilias ex aliis caussis contractum erit, valere, sic accipiendum erit, nisi excogitatum sit in fraudem senatusconsulti. Ex æquo enim irritum est, et quod fit aperte contra legem, et quod in fraudem legis. *L. non dubium, C. de legib.* Sic autem fraus excogitari potest in emptione, si filiofamilias mutuam pecuniam roganti creditor rem vendat, ex qua ille pecuniam conficiat, quam petit, pretium autem habeat in mutui vicem. *L. 3. §. is autem*, in fi. *D. eod.* Sic in fidejussione, si rogante filiofamilias mutuum, numeret creditor pecuniam alii, filius autem familias ad quem perventura erat pecunia, fidejussor interveniat, aut constituatur alter reus ejusdem pecuniæ. *L. item*, in pr. et §. 1. *D. eod.* In his aperte nihil fit contra verba senatusconsulti, quia filiofamilias pecunia mutua non datur; sed fit obliqua via, quod senatusconsultum noluit.

(7) Duar. *hoc tit. C.* 1. Zang. *de except. P.* 3. *C.* 10. *n.* 8.

Ideo enim prohibet mutuam pecuniam filiofamilias dari, quia non vult pecuniam ad eum pervenire, quam consumat in luxuriam. *d. §. pen. Inst. quod cum eo.* At hic pecunia alia via in eam rem pervenit ad filiumfamilias. Hoc autem est in fraudem legis, cum fit, quod lex verbis non vetuit, fieri autem ex sententia noluit. *L. contra, L. fraus, D. de legib.*

XVIII. Quarto loco expendatur, senatusconsultum Macedonianum non vetare quodvis mutuum, sed tantum mutuam pecuniam. Hæc verba sic acceperunt veteres, ut vetaretur dari solum pecunia numerata, non etiam res cæteræ, quæ mutuo dari possunt, ut sunt quæ constant pondere, aut mensura, veluti æs aut argentum infectum, vinum, oleum, frumentum. Quæ utiliter filiofamilias mutuo dari posse placuit, quia senatusconsultum non prohibeat. Idque ipsum nominatim colligit Ulpianus ex eo, quod senatus dixerit mutuam pecuniam. Perperam, dixerit aliquis; quia adversus significationem verbi. Pecuniæ enim nomine inter omnes constitit non solum numeratam pecuniam, sed omnes res tam soli, quam mobiles, idest corpora omnia; et tam corpora, quam jura contineri. *L. pecuniæ nomine, L. pecuniæ verbum, D. de verb. signif.* Quod si ita est, non recte, inquam, veteres, qui adversus hunc usum et significationem verbi, pecuniæ verbum ad pecuniam tantum numeratam retulerunt. Cum in interpretatione omnium legum, et voluntatum hæc regula interpretationis tradita sit, semper in re dubia verbis standum esse, nec unquam ab earum significatione recedendum, nisi cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L. 1. §. licet, versic. in re igitur, D. de exerc. act. L. non aliter, D. de leg.* 3. Sed recte veteres ex hac ipsa regula. Sic enim pecuniæ verbo res omnes continentur, nisi adjunctum contrahat significationem verbi, unde voluntas contraria scriptoris intelligatur. Id autem accidit in hoc senatusconsulto, cum nominat (8) pecuniam mutuam. Nam si voluisset senatus prohibere omnium rerum mutuum, otiose diceret mutuam pecuniam, cum sufficeret uno verbo prohibere dari mutuum. Nunc autem prohibet dari nominatim mutuam pecuniam. Unde intelligitur eum non genus mutui, sed speciem prohibere voluisse. Quod si quam speciem in mutuo appellatione pecuniæ significari placet, non potest alia recte significari, quam pecunia numerata. Quocirca et hanc significari in senatusconsulto, ex his ipsis verbis: *mutuam pecuniam dedisset*, recte collegit Ulpianus; excludi autem res cæteras: idque ipsum et nos sequi debemus; quoniam sic lex omnis accipienda est, ne quid videatur supervacuo cavisse, *arg. in L. 1. in fin. D, ad municip.* Enimvero cur non licet mutuam pecuniam dare filiofamilias, cæteras res licet; cum in omnibus pariter contrahatur mutuum? Fit hoc ex eodem illo fine senatusconsulti, quem supra ostendimus. Propositum est senatusconsulto in mutuo prohibendo præcludere materia luxuriæ et profusionis filiurumfamilias, ne ex ea inciderent in grave æs alienum, unde adducerentur denique ad insidiandum vitæ parentum. Hoc periculum luxuriæ et profusionis metuitur in pecunia numerata, quæ detur filiofamilias; in aliis rebus quanvis mutuis non metuitur. Nulli enim creditores facile reperientur tantum possidere frumenti, vini, aut olei, ut dare possint ex his, quod sufficiat adolescenti luxurioso ad luxuriam. Et si qui tantum habeant, tamen nolent dare, ne appareat dolus et illorum improbitas in corrumpenda juventute; quoniam illarum rerum mutuum latere non potest, ut potest latere in pecunia numerata. Tum autem ne ipsi quidem filiifamilias earum rerum mutuum requirunt ad luxuriam et libidinem. Illis enim ad voluptates, et ea quæ libent, percipienda, instrumentis et administris opus est, quorum opera in ea re utantur. At ministri libidinum quærunt pecuniam, ex qua quæstum faciant, non quærunt res cæteras, quas necesse sit corrumpi, nisi et ipsi consumerent, aut parvo venderent; quod nolunt. Est tamen et in aliis rebus filiofamilias mutuo datis eadem exceptio, quam in aliis contractibus quam mutui, adhibendam esse supra diximus: ut recte res aliæ, quam pecunia numerata, dentur mutuæ filiofamilias, et consistit mutuum, nisi fraus senatusconsulto quæsita sit; puta, inquit Ulpianus, frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his fructibus distractis uteretur filiusfamilias pecunia, quam mutuam petierat. *L. item, §. mutui, D. eod.*

XIX. Sed ut requirit senatus pecuniam numeratam, quam vetet dari mutuam: ita si hæc mutuo data sit, nihil amplius exigit, ut ne eo nomine detur actio. Sic enim verba sunt: *ne cui, qui filiofam lias mutuam pe-*

(8) Quæ strictissima acceptio est, vid. Gœd. *ad L. 4. de V. S. n. 35. et seq.*

cuniam dedisset, actio petitiove daretur. Hinc intellectum est id, quod Ulpianus scribit in *L. item*, §. *non solum*, in fin. *D. eod.* sive pecunia sub usuris mutuo data sit, sive sine usuris, eam ad senatusconsultum spectare, idest æque mutuum improbari. Definitio ideo notatu digna, quia aliis locis videri possit diversum statui, a quibus decipi sit admodum proclive, nisi moneamur. Nam primum in senatusconsulto ipso sic extrema verba sunt: ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen fieri, expectata patris morte. Quæ verba ad fœneratores pecuniæ aperte referuntur. Sed et in *L.* 3. *C. eod.* senatusconsultum Macedonianum circumlocutione ita describitur, ut vocetur senatusconsultum, *quo fœnerare filiisfamilias est prohibitum;* quasi nihil prohibeatur eo senatusconsulto, quam fœnerare. Ergo adversus hos locos muniendi sumus superiore definitione, et ita statuendum, senatusconsultum ad omnem mutuam pecuniam pertinere. Non obstat, quod extrema verba senatusconsulti nominatim feruntur adversus pessimum exemplum fœnerandi, quodque inde dicitur senatusconsultum prohibere fœnerare filiisfamilias. Hoc enim vere agitur, et præcipue prohibetur senatusconsulto. Sed non minus et illud verum est, prohibere senatusconsultum simpliciter, ne pecunia mutuo detur filiofamilias, et si data sit, denegare actionem. *L.* 1. *D. eod. d.* §. *pen. Inst. quod cum eo.*

XX. Postremo et illud observandum est in prohibitione senatusconsulti, vetare id non promitti pecuniam mutuam, sed dari. Hoc eam vim habet, ut si quis creditor alicui stipulanti promiserit primo se pecuniam mutuam daturum, deinde alio tempore hanc ipsam eidem dederit, ut promiserat, sciamus non esse spectandum, quo tempore pecunia promissa sit, sed quo data, ut possit statui, sitne locus senatusconsulto, an non sit. Utputa, fœnerator aliquis petenti et stipulanti filiofamilias promisit se pecuniam creditorum, ut est species. *L. si pœnam*, 68. *D. de verb. obl.* deinde eidem, sed emancipato, aut morte patris, vel aliter sui juris facto pecuniam mutuam dedit, promissionem secutus. Cessabit senatusconsultum; quia patrifamilias mutuam pecuniam dari non prohibet. Hic autem patrifamilias data est, non filiofamilias. E converso si idem promiserit patrifamilias se ei pecuniam crediturum: deinde eidem postea arrogato det: senatusconsulto locus erit; quia verum est pecuniam filiofamilias datam esse; id quod senatusconsultum prohibet. Hæc in *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. *L.* 6. *D. eod.*

CAP. XXV.

Pecunia filiofamilias mutuo data, quo jure mutuum habeatur. In quo est senatusconsulti Macedoniani adversus dantem pœna; accipienti, et his qui eo nomine teneri poterant, auxilium et beneficium senatusconsulti.

Pœna SC. fœneratori imposita, actionis denegatio. I.
Quinque in ea spectari oportere, et quæ. II.
Denegatur actio aut in totum, aut cum addita exceptione. Qualis uterque modus; et an addita exceptio SC. verbis refragetur. III.
His SC. verbis: ne cui actio, petitiove daretur: *quælibet actio in personam, et in rem de pignore denegata.* IV.
Etiam si pecunia mutuo data filiisfamilias auxerit peculium: quæ hujus definitionis ratio. V.
Denegatur illa ex SC. verbis soli creditori: ex veterum interpretatione creditoris heredibus, et duobus credendi ac stipulandi reis. *Horum species seu casus qualis.* VI.
Veterum interpretatio defenditur. VII.
Denegatur autem adversus filiumfamilias, et ejus parentem, et successores; et quando adversus fidejussores, et alias accessiones principalis obligationis. VIII.
Contrariis occurritur. IX. X.
Exceptio Macedoniani etiam filio sui juris facto, et seu morte patris, seu alio legitimo modo a patria potestate liberato durat. XI.
Eademque opponi potest etiam post rem judicatam. Et quare id in hac Macedoniani exceptione, aliaque Vellejani concessum. XII.

I. Prohibitio hactenus senatusconsulti, et quid contineat. In quo est caussa pœnæ hoc senatusconsulto constitutæ, sequitur pœna senatusconsulti hujus ipsius Senatusconsulti pars altera, ut proposuimus. Pœna quidem fœneratori, in cujus odium, et pœnæ caussa liberantur actione, qui alioqui ejus mutui nomine obligati tenerentur. *L. sed si pater*, in fin. *D. eod. L. qui exceptionem*, juncta *L. si pœnæ, D. de cond. ind.* sed (1) auxilium et beneficium iis qui liberantur. Sic vocatur in *L. pen. C. eod.* Est autem hæc pœna breviter comprehensa senatusconsulto: si adversus ea filiofamilias pecunia data erit, ne cui, qui dederit, actio petitiove detur. *d. L.* 1. *D. eod.* Ita in summa his verbis denegatur, adimiturve actio, quæ alioqui futura erat creditori.

II. In hac ademptione necessario hæc insunt quinque natura, quæ quia senatusconsulto non satis sunt exposita, ideo sigillatim expendenda et cognoscenda sunt. Necesse est enim aliquo modo denegari actionem, et quæ denegatur, hanc certam esse. Sed et hanc denegari oportet certis personis, et denegari adversus aliquos. Postremo aut perpetuo, aut ad certum tempus. Hinc sciamus totidem in hanc pœnam incurrere, quæ quæruntur, et de quibus ordine cognoscamus. Primum, quid sit hoc denegare actionem, seu quomodo fiat hæc denegatio. Secundum, quid hic denegetur, adimaturve. Tertium, quibus. Quartum, adversus quos. Quintum et postremum, quandiu. In quo aliis verbis hæc eadem quæri intelligemus, cum quæritur, Quæ exceptio adversus quam actionem detur hoc senatusconsulto, adversus quos, quibus, et quandiu, ut deinceps patebit.

III. Primum est igitur in persona senatusconsulti, pecunia filiofamilias mutuo data, ejus rei nomine actionem non dari, et ut explicatur in *§. pen. quod cum eo.* denegari actionem. Denegatur actio duobus modis. Uno in (2) totum, cum actor in totum non admittitur ad agendum, ut ita non sit reo necessaria exceptio. Quod fit in hac specie mutui, cum non est controversia inter creditorem et reum, quin pecunia data sit contra senatusconsultum Macedonianum: ubi scilicet convenit datam esse filiofamilias, fateturque actor nihil se amplius adferre ad repetitionem, quam quod mutuum dederit de suo. Altero modo, cum creditori

(1) Non tamen in favorem filiorumfamilias hoc remedium proditum, ut et noster *h. in Cap. in fin.* Quo enim favore digni qui pecunias profundunt, sed in odium fœneratorum, licet respiciat quoque favorem parentum. Duar. *ad tit. de Cond. in d. C.* 5. *f.* 907. *col.* 2. Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 2.
(2) Vid. *infra C.* 30. *N.* 1.

actio datur, sed adversus actionem datur reo exceptio Macedoniani. Quod fit, cum inter actorem et reum controversia est, utrum pecunia data sit contra senatusconsultum, an non sit. Veluti, si creditor dicat eum, cui dedit, non fuisse filiumfamilias, cum dedit, aut si quid alleget eorum, propter quæ senatusconsultum cessare postea in exceptionibus senatusconsulti dicemus: reus autem nihil eorum esse contendat. et ideo utatur exceptione Macedoniani, de qua deinceps judicio constituto cognoscatur. Hoc sic explicat Ulpianus circa edictum de jurejurando in *L. nam postea*, in pr. *D. de jur.* Nam edictum de jurejurando de actione non danda iisdem verbis conceptum est, quo senatusconsultum Macedonianum. Pollicetur enim prætor se iti eum, qui jurasset, actionem non daturum. *L. ait, prætor, D. de jur.* Hæc verba interpretans, Ulpianus in *d. L. nam postea*, ita scribit: postquam juratum est, denegatur actio. Aut si controversia erit, idest si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est. Sciamus hanc definitionem pertinere ad senatusconsultum Macedonianum, item ad Vellejanum, quibus similiter vetatur dari actio de re ad caussam eorum senatusconsultorum pertinente. Hinc est illa exceptio senatusconsulti Macedoniani, quam tot locis legimus, ut *L. item, §. quamquam, L. tamen, L. pen. D. eod. L. 1. C. eod. L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Sed quam exceptio cum verbis horum senatusconsultorum, et superioris edicti conveniat, merito quæri potest: cum potius his verbis videatur excludi. Verba efficiunt simpliciter, ne detur actio. At exceptione constituta prius actionem dari volumus. Nunquam enim datur exceptio reo, nisi prius data actori actione, quæ exceptione opposita removeatur: cum exceptio nihil aliud sit, quam exclusio constitutæ et propositæ prius actionis. *L. 2. D. de except.* quod et exemplis dilucide declaratur *Inst. de except.* in pr. et deinceps. Sed non sunt hæc contraria, actionem non dari, et actione data, addi exceptionem. qua actio excludatur. Nam exceptione addita, utrumque eodem tempore vere dicitur, actionem creditori dari, et eamdem non dari; diversis conditionibus. Datur actio creditori, sed sub conditione, si exceptio falsa sit, ut falsam esse actor contendit. Unde controversia, quæ judicio locum facit. Rursum non datur actio sub contraria conditione, si vera sit exceptio: cujus probatio a reo exigitur. Qua ratione exceptio dicitur esse conditio, quæ reum condemnatione eximit, *L. exceptio*, antepen. *D. de except.* quasi scilicet actione in eum casum non data. Ita fit, ut semper verum sit, quo tempore datur exceptio efficax, eodem tempore actionem nec dari. Rectissime igitur utrumque dicitur ex hoc senatusconsulto, et similibus partibus juris, quibus vetatur dari actio, hanc ipsam in totum denegari, ubi de exceptione constat, et simul in exceptione controversa actionem ita dari, ut addita exceptione et probata, postea repellatur.

IV. Hoc intellecto, quid sit denegari actionem; quærendum est, quæ hic actio denegetur ejus mutui nomine, de quo agitur: adversus quam eamdem, cum opus est, detur exceptio Macedoniani, quam diximus. Et senatusconsulto expressum est, omnem actionem ex ea caussa denegari: seu omnem actionem exceptione senatusconsulti Macedoniani summoveri. Omnem, idest et in personam, et in rem, quæcumque eo nomine competitura esset, si senatuscultum non esset impedimento. Id significatur illis verbis; *ne cui actio petitioque daretur.* Actio in personam est: petitio, in rem actio. *L. actio, D. de obl. et act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signif.* Actio in personam de pecunia mutua est condictio certi ex mutuo adversus filiumfamilias: adversus patrem eadem de peculio. eadem et adversus heredes. Adversus fidejussores ex stipulatione certi condictio, adversus mandatores mandati. Omnes hæ, et si quæ sunt similes, quæ adversus alias accessiones competunt, actionis verbo denegantur hoc senatusconsulto. Actio in rem in hac specie nulla competit de pecunia eredita. Creditor enim pecuniam filiofamilias mutuam dando, facit eam accipientis. *L. 2. appellata, D. si cert. pet. Inst. quib. mod. re contr. obl* in pr. Quo facto simul et ipse dominus esse desinit, ut nulla possit amplius ei. multoque minus alii competere ejus pecuniæ nomine in rem actio. *L. in rem, D. de rei vind.* Sed actio in rem hic intelligenda est de pignore, si quod forte obligatum sit creditori in eam pecuniam, quæ filiofamilias data est. Nam actio de pignore in rem est, quæ dicitur hypothecaria. *§. item Serviana, Inst. de act.* Hanc quoque denegari intelligimus petitionis verbo.

V. Et omnem hanc actionem denegari in pecunia filiosfamilias credita nullam dubitationem recipit, si is pecuniam acceptam male consumpserit, ubi constet neque patrem, neque filium ex ea numeratione cum injuria creditoris locupletiorem esse factum, qui locupletior non sit factus. At quid, si pecunia mutuo data adhuc exstet in pecu-

lio filiifamilias vel apud ipsum, vel apud patrem, et eodem tempore experiatur creditor, ut sibi reddatur pecunia, vel hoc nomine quod exstet adhuc, et reddi possit sine damno accipientis; ipsi autem sine manifesto pecuniæ damno denegari non possit? An non æquum est saltem hoc casu ei actionem dari? Videtur id manifesta æquitas, et regula juris suadere, qua traditur, natura æquum esse, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*. L. nam hoc natura. *D. de cond. ind.* Sed hoc in pecunia filiofamilias contra senatusconsultum Macedonianum credita non placuit. De eo ita decreto senatus denegatur actio, ut placeat nihil interesse, utrum consumpti sint nummi, an exstent in peculio. *L. sed. si pater*, §. *hoc senatusconsultum. D. eod.* Quod et verbis ipsis efficitur. Quippe ita verba sunt, *ne cui detur actio petitiove, qui mutuam pecuniam dedisset.* Ubi apparet ad omnem denegationem actionis sufficere mutuam pecuniam datam esse filiofamilias, neque distingui, quis deinde mutui sit exitus, dum ne incidat in eos casus, qui hujus senatusconsulti exceptionem habent. De quibus postea. Non offendemur, eo quod dicitur natura æquum esse, ne quis locupletior fiat cum detrimento alterius. Hoc enim hactenus æquum est, nisi si cui ob pœnam id adimitur. Pœna namque arguit, quod adimitur, juste adimi: cum pœna imponatur delicti coercendi caussa: æquum sit autem atque adeo publice utile delicta coerceri. *L. ita vulneratus.* illic. *quod si. D. ad leg. Aquil. L. locatio*, §. *quod illicite, D. de publ.* Atqui id accidit in pecunia filiofamilias mutuo data, in qua denegari actionem constat ob pœnam creditorum, ut supra ostendimus, traditurque in *L. sed si pater*, in fin. *D. eod.* Et hinc in *eod. L. sed si* §. *hoc senatusconsultum*, nominatur in hac parte severitas senatusconsulti. Recte severitas; quia benignitas postulabat, ne locupletior fieret filiusfamilias cum jactura creditoris. Sed in pœna severitate, non benignitate est opus. Præsertim in caussa hujus senatusconsulti, ut compescatur avaritia et improbitas fœneratorum.

VI. Actione ex hoc senatusconsulto adempta, proximum est, et ex quinque propositis tertium, ut quæratur, quibus denegetur hæc actio, qui iidem exceptione senatusconsulti Macedoniani summoveantur. Hoc autem obscurius fecerunt verba senatusconsulti. Quo majore cautione indiget. Nam senatusconsultum nominatim denegat actionem tantum ei, qui *pecuniam mutuam dedisset.* Quibus verbis si proprie et naturaliter loqui volumus, non alii denegatur actio, quam creditori, qui pecuniam numeravit. Hunc enim solum vere dedisse, verum est. Sed longé aliter veteres hoc sunt interpretati. De quorum sententia generaliter ita definiendum est, pecunia filiofamilias mutuo data, denegari actionem ex ea caussa omnibus, quibus competeret actio, si senatusconsultum non obstaret. In hoc numero hi sunt; creditor, qui pecuniam mutuam dedit; creditoris heredes: item alius, qui sibi pecuniam reddi stipulatus est, cum alius pecuniam dedisset, ut sic efficiantur duo rei credendi; item cum duo eamdem pecuniam mutuam stipulati sunt a filiofamilias ut efficerentur duo rei stipulanti. His omnibus placet ex hoc senatusconsulto actionem denegari; et quod idem valeat, placet omnes summoveri exceptione senatusconsulti Macedoniani *L. item*, §. *non solum. D. eod.* Et quidem duos res credendi, stipulandive ex hac caussa ita, ut si uni denegetur actio, quia sciverit filiumfamilias esse, cui pecunia credebatur, etiam denegetur alteri, quanvis ignorarit eum esse in patris potestate, atque ita unius scientia etiam ignoranti noceat. *d. L. non solum.* Quod quale sit, quia iniquum videri potest, dimus postea, ubi agemus de justo errore creditoris, propter quem senatusconsultum cessat. Quod fiet in exceptionibus senatusconsulti. Nunc illud in summa tenendum erit, quod de hac parte definivimus, supra scriptis omnibus personis, quibus pecuniæ filiofamilias creditæ nomine actio alioqui esse potuit, eam omnem hoc senatusconsulto denegari.

VII. Sed hoc loco opponuntur nobis et veteribus verba senatusconsulti: hæc nominatim denegant actionem tantum ei, qui mutuam pecuniam dedisset. At heres creditoris pecuniam non dedit. Et cum ex duobus reis credendi stipulandive unus pecuniam numeravit, alter non numeravit, perspicuum est, eum qui non numeravit, pecuniam non dedisse. Quod si ita est, his actionem non denegari jure, eoque et his jure dandam esse fatendum est. Stare enim oportet illud, quod jure non adimitur, id cuivis concessum videri. *L. qui testamento*, §. *mulier, D. qui test. fac. pos. L.* 1. §. 1. *D. de testib.* Sed bene hic quoque veteres, nec præter verbi significationem. Dandi enim significatio duplex est; naturalis, et civilis. Naturalis, cum naturaliter, et re ipsa pecunia numeratur. Hoc modo solus creditor, a quo pecunia profecta est, recte dicitur pecuniam dedisse. Qua

significatione et proprietata verbi non continentur reliqui, quos dixi. Est et altera civilis, cum is, qui naturaliter non numeravit, juris tamen interpretatione et ratione perinde habetur, quasi dedisset. Hac significatione verbis senatusconsulti et heredes continenter, et ejusdem pecuniæ rei credendi, stipulandive. Heres ideo recte dicitur pecuniam videri dedisse, quia defunctus, cui successit, dedit. Heres enim jure eadem persona existimatur esse cum defuncto. *Novel. de jur. a mor. præs.* circa medium. Ex duobus reis si unus pecuniam numeravit, ambo numerasse ideo videntur, quia in horum obligatione una res versatur, et una obligatio, non duæ, §. 1. *Inst. de duob. reis.* Atque hanc significationem ut potius accipiamus, senatusconsulti sententia exigit. Apparet enim ideo hic senatusconsulto denegari actionem, ne sit, cur filiusfamilias velit exspectare et optare mortem patris propter æs alienum, quo ex mutuis pecuniis sæpe oneratur. Indicant illa verba extrema, *exspectata patri morte.* Et expressum est in §. *pen. Instit. quod cum eo.* Jam vero filius propter æs alienum ne exspectet mortem patris, neve insidietur vitæ ejus, ita fiet, non si uni alicui non tenebitur mutui nomine, sed si nulli.

VIII. Quartum sequitur, ut videamus, in quos denegetur actio superior: et, quod idem est, quibus adversus hanc actionem detur senatusconsulti Macedoniani exceptio. De eo nihil expressum est senatusconsulto: sed ex eo ipso quod generaliter denegatur actio, nec adjicitur, in quem; quale id sit, utrumque intelligitur: non plane tamen. Sic enim de eo scribunt veteres circa hoc senatusconsultum, ut non sit perpetuum. Sed nec eorum tractatio in hac parte satis est exposita. Quo majore attentione hæc quoque pars indiget. Sic autem definiendum est: in quos actio daretur ex caussa hujus mutui, si mutuum constitisset, non vetante senatusconsulto Macedoniano; adversus eos omnes denegari actionem ex hoc senatusconsulto, exceptis interdum hujus obligationis accessionibus. Competeret actio ex hac caussa adversum filiumfamilias, quem placet ex omnibus caussis, si nihil aliud impediat, tanquam patremfamilias conveniri posse. *L. filiusfamilias. D. de obl. et act.* Competeret adversum patrem de peculio. *L. si quis cum filiofam.* 44. *D. de pecul.* §. *actiones autem Instit. de act.* Et ut sunt actiones rei persecutoriæ, competeret adversus heredes filii, si quidem heredes haberet, quod maxime fieret, si paterfamilias decessisset, §. 1. *Inst. de perp. et temp. action.* Competeret præterea et adversus accessiones omnes ejus principalis obligationis; ut fidejussores filii; ut mandatores, qui mandassent creditori, ut pecuniam crederet filiofamilias; ut reos pecuniæ constitutæ, qui scilicet constituissent se soluturos, quod filiofamilias mutuum datum erat. Adde et pignorum possessores, si quis forte alius nomine filiifamilias pignus dedisset, ex quo esset de pignore hypothecaria in rem actio. De his, inquam, ita placuit. Tribus his tanquam principalibus reis exceptio Macedoniani competit; filiofamilias cui pecunia credita est, parenti ejus, et successoribus filii, si paterfamilias decesserit. *L. item* §. *quanquam, L. sed si pater,* §. *non solum D. eod. tit.* Accessionibus autem, ut fidejussoribus, mandatoribus, constitutæ pecuniæ reis, pignorum possessoribus; datur et ipsis eadem exceptio; sed hac conditione, si conventi regressum habeant adversus principales reos, *d. L. sed si pater,* §. *non solum*, ut accidit in fidejussoribus, et similibus interventoribus, qui non donandi animo pro filiofamilias in pecunia ei credita se aut res suas obligarunt. Est enim his adversus filiumfamilias actio negotiorum gestorum. *L. quod dictum, D. de pact. L. ex mandato.* §. 1. *D. mand.* Quod si accessiones nullam regressum habituræ sunt adversus filiumfamilas, eum pecuniam ei creditam solverint, placet eos utiliter conveniri, nec habere senatusconsulti exceptionem. *d. L. sed si pater,* §. *non solum, de senat. Maced.* quod et in similibus exceptionibus reorum similiter receptum est *d. L. quod dictum. de pact.* Hinc duo genera eorum, in quos de pecunia filiofamilias credita datur actio, ut in accessione ejus obligationis: cum tamen in filiumfamilias non detur. Primum superiores omnes accessiones, cum donandi animo intervenerint. *d. L. sed si* ; §. *non solum, de Mac. d. L. quod dictum, de pact.* Tum dominus mercis, cum filiumfamilias extraneum præposuit merci suæ, atque hic deinde in ea administratione pecuniam mutuam accepit. In qua specie ipsum quidem institorem; quia filiusfamilias fuit, exceptione senatusconsulti usurum constat, si conveniatur. Cæterum adversus eum qui præposuisset, institoriam actionem sine exceptione dari placuit, etsi hic conveniatur ex facto filii. *L. item,* §. *interdum, D. de sen. Mac.* non alia de caussa quam quod dominus mercis nullum regressum habet adversus filiumfamilias institorem ejus pecuniæ nomine, quia in rem ejus versa est.

IX. Sed oritur hoc loco duplex dubitatio.

Una ex verbis senatusconsulti, in qua quæritur, quam recte conveniat senatusconsulti verbis superior sententia. Nam senatusconsultum generaliter vetat hujus pecuniæ nomine actionem dari. In quos agatur, denegeturve hæc actio, senatus non adjicit. Proinde hæc collectio recta est, eademque veteribus ubique usurpata, ideo adversus omnes denegandam esse actionem hoc nomine. Hæc collectio est ejusdem auctoris Ulpiani in similibus rationibus, in *L. item veniunt*, *§. petitam*, ver. *a quo*, *D. de her. pet. L. metum*, 9. *§.* 1. *D. quod met cau.* Caii in *L. de pretio*, *D. de publ. act.* Quamquam igitur de exceptione pacti cum reo interpositi ita scriptum est in *d. L. quod dictum*, *D. de pact.* quod dictum est banc fidejussori quoque competere, propter rei personam placuisse, ne is postea a fidejussore conveniatur; ideo si fidejussori adversus reum actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, non prodesse ei exceptionem: tamen non continuo in exceptione Macedoniani idem licet dicere. Satis enim constat, cum creditor paciscitur cum reo, ne petatur, eum consultum velle reo, cum quo paciscitur, non etiam alteri, cui per liberam personam acquiri nihil potest. Ut non sit mirum, si fidejussore convento, nihil ea res nocitura sit reo, ne pacti quidem defensionem ad fidejussorem pertinere At in Macedoniani exceptione contra est; quæ verbis senatusconsulti non filiifamilias tantum caussa comparata est, sed generaliter omnium, adversus quos de pecunia filiofamilias credita agitur. In totum enim senatus actionem eo nomine dari vetat. Atque binc dubitatio. Verumtamen et in senatusconsulti Macedoniani exceptione idem recte dicitur, quod in cæteris. Senatusconsulti enim verbis videtur denegari actio adversus omnes, quia denegatur simpliciter. Sed ejus sententia manifesta est, eo non id agi, ut ne detur actio in omnes, sed ne in filiumfamilias, et in parentem, qui eum habet in potestate. Quippe his duobus tantum consultum voluit. Parenti primum, ut ab hoc removeret insidias, quæ ex ære alieno filii nasci poterant. Deinde propter patrem filiofamilias, ne ære alieno oneratus impelleretur aliquando ad struendas eas insidias. Id et ante ostendimus, et ex verbis senatusconsulti satis patet, estque diserte in *§. pen. Inst. quod cum eo.* Sic autem his solis consulitur, si in eos solum denegetur actio, itemque in eorum heredes, quando hi in decessorum locum et jus succeduot. Sed et in eos, qui conventi adversus superiores regressum habeant, ut in eos qui non habeant, ad superiorum utilitatem nihil pertinet. Quapropter est ex hac sententia, in priores illos omnes actionem denegari senatusconsulto: in hos posteriores, quanvis teneantur ex eadem caussa, non denegari; similiter ut fit in cæteris exceptionibus.

X. Altera dubitatio oritur circa fidejussorem filiifamilias adhibitum in pecunia credita, idque ex genere fidejussoriæ obligationis. Nam cum dicimus filiumfamilias ex pecunia mutua non teneri, et tamen fidejussorem ejus pecuniæ acceptum teneri utiliter exclusa omni exceptione, si donandi animo fidejusserit: hoc dicere videmur fidejussorem in hac caussa utiliter adhiberi posse, etiam tunc cum filiusfamilias non obligatur. Hoc vero conditio obligationis fidejussoriæ non admittit. Est enim obligatio accessoria, quæ nulla esse potest, ubi nulla est præcedens obligatio, cui accedat, *§. fidejussores*, *Inst. de fid.* Sed in promptu responsio est. Nam fidejussor omni obligationi accedere potest non tantum civili, sed etiam naturali *L.* 1. *L. fidejussor obligari*, *§. fidejussor*, *D. de fid. §.* 1. *Inst. eod.* In specie autem mutui proposita ejusmodi quædam obligatio est filiifamilias. Non obligatur filiusfamilias ex pecunia credita civiliter. Apparet ex senatusconsulto, quod denegat ejus rei nomine actionem. Sed obligatur ex ea caussa naturaliter. Idque ex eodem senatusconsulto intelligitur: quod tale est, ut non deneget actionem adversus filiumfamilias, quia is non obligetur, sed quia cum obligetur, tamen placeat eum actione liberare in odium et ob pœnam creditorum. *L. sed si pater*, in fin. et *L. quia*, sequen. *D. hoc tit.* Recte igitur huic obligationi fidejussor accesserit, ut si ex persona et commodo filii exceptionem non habeat, nihilominus jure solus teneatur. Eadem res facit, ut non taotum initio cum filiusfamilias pecuniam accipit, utiliter fidejussor adhiberi possit; sed etiam postea quandoque, constante videlicet eadem illa naturali obligatione. Sed hoc ita est, dum fidejussor interveniat vivo filiofamilias. Quod si mortuo eo creditor ejus pecuniæ nomine fidejussorem acceperit, obligatio fidejussoria nulla est: quia nulla principalis, civilis aut naturalis superest, cui fidejussor accedat. Hoc in *L. creditorem*, antepen. *D. eod.* Nullam hic esse civilem obligationem mortuo filiofamilias constat. Nam nec vivus teneretur civiliter, ut ante diximus. Sed nec mortuo eo naturalis ejus obligatio ulla superest ideo, quia nulla omnino intelligi potest obligatio, ubi nemo est, qui obligetur.

Hoc autem contingit filiofamilias mortuo. Non enim obligatur ipse, qui in rerum natura esse desiit. Non heres ejus, quia heredem non habet. Filii enim familias pagani, et militis intestati bona omnia etiam castrensia, non quasi hereditas, sed quasi peculium, id est paterna potestatis jure patri deferuntur. *L. 2. D. de castr. pec.* Quod tamen ita temperatum est *Novella Justiniani de hered. ab intest. veni.* §. 1. nisi filiusfamilias decesserit, relictis liberis, et is propria aliqua bona habuerit ex constitutionibus, ut castrensia, et adventicia. In quæ Justinianus eos liberos succedere voluit. Quod si acciderit, tum etiam mortuo patrefamilias cui pecunia credita fuerat, creditor in eam caussam utiliter ex superiore jure fidejussorem acceperit.

XI. Reliquum est, videamus, quandiu denegatur in hac caussa actio ex senatusconsulto; seu quandiu adversus eam actionem competat exceptio senatusconsulti, perpetuone, an ad tempus Et cum exceptio Macedoniani sit peremptoria, actionem perimens videlicet, non differens; consequens est eam similiter ut reliquas peremptorias, esse perpetuam. §. *appellantur*, *Instit. de except.* et talis esse dicitur in *L. qui exceptionem, D. de cond. indeb.* Nullam hoc dubitationem habet, quandiu filiusfamilias eadem conditione est, idest quandiu in potestate parentis manet. Apparet enim ex senatusconsulto auxilium tribui filiisfamilias. Sed ex eadem re potuit dubitari, an perseveret exceptio, si filius sui juris esse cœperit, et paterfamilias conveniatur, aut agatur adversus patrem de peculio. Videri enim potest auxilium tribui filiofamilias hoc ipso, quod est filiusfamilias. Quod si est: eum filiusfamilias esse desierit, desinet quoque ratio auxilii, atque una auxilium: ut quæ caussa locum fecerat senatusconsulto, eadem sublata senatusconsulti auxilio finem adferat. *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. jur.* Et ne hoc cuiquam ita videatur, provisum est senatusconsulto. De cujus sententia ideo adversus hanc dubitationem diligenter monemur a veteribus, exceptionem senatusconsulti Macedoniani ita perpetuo competere, ut quanvis filiofamilias sui juris facto, nihilominus eadem exceptio perseveret, atque ita nec detur actio adversus filium quanvis emancipatum, aut alio modo sui juris factum, nec adversus patrem de peculio, tametsi liberos in potestate habere desierit. Quod diligenter comprehensum est in *d. §. pen. Inst. quod cum eo.* Efficitur hoc ipsis verbis senatusconsulti. Sic enim extrema verba sunt: *ut ne cui, qui pessimo exemplo fænerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen, expectata patris morte, fieri.* Nomen, idest debitum. *L. qui chirographum*, *D. de legat.* 3. idoneum, idest utile, et in quo satis sit ad exigendum. *L. tutor sive*, 35. *L. cum post.* in princ. *D. de administ. tut.* Ita his verbis senatusconsultum vetat etiam post mortem patris hoc debitum pecuniæ filiofamilias creditæ exigi vel a filiofamilias, vel a patre. Atqui morte patris, cujus in potestate erat filiusfamilias, constat filium sui juris effici. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* in pr. Hinc intellectum est, quocumque alio modo filius de potestate patris exierit, puta emancipatione, vel damnatione patris, vel alio modo; si tum ex caussa hujus mutui agatur, similiter exceptioni senatusconsulti locum fore. *d. §. pen. quod cum eo. L. item*, §. *sed etsi patri*, *D. hoc tit.* Nam si tunc non tenetur filius, cum ita sui juris factus est, ut nec patrem habeat: multo magis intelligendum fuit eum non teneri, si sui juris esse cœperit patre adhuc vivo: ubi patris persona videri potuit filio ad defensionem patrocinari. Quod si recipimus, multo magis probandum fuit ex senatusconsulto exceptionem durare, si filiusfamilias pecunia mutua accepta exierit quidem de potestate patris, sed translatus in alienam. *L. item*, §. *mutui*, *vers. si filius*, *D. hoc tit.* Quod fit, eum pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali in adoptionem dedit. §. *pen. Inst. de adopt.* Neque vero hæc repugnant proposito senatusconsulti, quasi filio patrefamilias facto, cesset caussa propter quam filiofamilias antea exceptio dabatur. Non enim hæc caussa dandæ exceptionis fuit, quia esset filiusfamilias; sed quia data est ei mutua pecunia, cum esset filiusfamilias. Quæ caussa cum præcessit, perpetuam esse necesse est, et manente filio in potestate, et eo sui juris facto. Nam si facta infecta fieri non possunt: non potest ullo eventu fieri, quin quæ semel pecunia mutua data est, semper verum sit ita datam esse. *L. in bello*, § *facti. D. de postl. revers.*

XII. Illud præcipue ad perpetuitatem hujus exceptionis pertinet, jus in ea, itemque in exceptione Vellejani singulari præter cæteras, quod cum cæteræ peremptoriæ exceptiones ita sint perpetuæ, ut tamen opponi solum possint usque ad sententiam; post rem autem judicatam, a qua appellatum non sit, non possint: *L. peremptorias*, *C. de sent. resc. non pos.* hoc in his duabus exceptionibus contra receptum est, ut perpetuo possint

opponi, et ante rem judicatam, et post rem judicatam in exsecutione judicati, dummodo in exceptione Macedoniani res acta sit judicio cum filiofamilias, non autem cum eo, qui jam sui juris factus esset. Hæc sententia notatu digna est, quæ exstat in *L. tamen. D. hoc tit.* Finge hoc modo: filiusfamilias mutua pecunia accepta conventus est judicio a creditore, ut omnes filiosfamilias tanquam patresfamilias conveniri posse jam diximus. *d. L. filiusfamilias, D. de obl. et act.* Conventus, sive consulto, sive per imperitiam juris omisit exceptionem senatusconsulti Macedoniani, et ita condemnatus est, nec appellavit intra tempora constituta. Si conveniatur postea in exsecutione actione judicati, recte nihilominus utetur exceptione senatusconsulti; qua inhibebit exsecutionem. Quod si idem judicium institutum esset cum eo jam emancipato, et omissa exceptione condemnatus esset, nec provocasset: non idem ei tribueremus, quia emancipatus exceptioni renuntiare potuit, ut dicetur postea in exceptionibus. Et hæc sententia est *d. L. tamen hic.* Sed objicitur *d. L. peremptorias. C. sent. resc. non pos.* ubi generaliter traditur, judicatum a quo appellatum non sit, exceptione peremptoria rescindi non posse; quia non nisi usque ad sententiam hujusmodi exceptiones opponi possint. Dicendum est, hoc ita accipi debere ex perpetuo usu juris, nisi appareat in aliquibus exceptionibus ita jure comparatum esse, ut etiam post rem judicatam opponi possint. Semper enim illud tenendum est, quod regula juris traditor, *in toto jure generi per speciem derogari:* id est generalibus constitutionibus per speciales in specialibus caussis exceptis. *L. in toto jure, D. de regul. jur.* Jam vero ex omnibus peremptoriis exceptionibus intelligimus in hac perpetuitate exceptas esse duas has exceptiones Macedoniani, et Vellejani, quas placet etiam post rem judicatam nec appellatione suspensam utiliter objici posse. Id ita intelligimus ex senatusconsulto Macedoniano et Vellejano, quod utriusque senatusconsulti sententia efficitur neque filiumfamilias, quandiu filiusfamilias est, aperte multoque minus silentio et dissimulatione sua exceptioni Macedoniani senatusconsulti (3) renuntiare posse, neque mulierem exceptioni Vellejani. Exceptionem Macedoniani constat non esse comparatam filiifamilias caussa, sed in odium creditorum, ut denegata his actione adversus eum, qui alioqui obligatus erat, hac pœna afficiantur. *d. L. sed si pater*, in fin. *D. hoc tit. L. qui exceptionem. D. de cond. ind.* At non puniretur creditor si liceret filiofamilias omissa per dissimulationem exceptione sese necessitati solvendi ex sententia subjicere. Et certe facile filiifamilias vel corrumpi, vel induci possent a creditoribus, ut isto modo exceptionem sibi abire, seque condemnari sinerent, quo illis deinde uti possent facilioribus ad novas pecunias credendas. Ut proponitur nobis factum esse in caussa non dissimili adolescentum apud Terentium in Phormione. Quod attinet ad exceptionem Vellejani, satis ostendit senatusconsultum, mulierem ei renuntiare non posse, quia senatusconsultum vetat mulierem intercedere. Renuntiando autem exceptioni magis intercedit. Sed de eo dicetur amplius in senatusconsulto Vellejano. Unus locus in hanc sententiam nunc sufficiet. *L. si mulier. 2. C. ad sen. Vell.*

(3) Et quia recipit publicam utilitatem. Alias occasio delictorum nasceretur, et quod recta via prohibitum, ad id obliqua pervenire liceret. Quæ sententia communis Fachin. 2. *Contr.* 61. Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 10. *cir. fi.* Setser. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 13. *n.* 7. Andr. Clud. *de Condict. C.* 3. *n.* 45. *et seq.* P. Busius *ad L.* 1. *h. t. n.* 2. Diss. eo refer. Zas. 2. *Sing. Resp.* 28.

CAP. XXVI.

Quibus in caussis senatusconsulto Macedoniano ex sententia ipsius senatusconsulti locus non sit; sed sit utilis creditori de pecunia filiofamilias credita actio: quæ totidem sunt senatusconsulti exceptiones. Ac primum quæ hic sint exceptiones ex persona creditoris.

Transitio, et divisionis superioris continuatio. I.

Exceptiones SC. contrariæ tres. Hæ aut ex creditoris, aut patris, aut filii persona ducuntur. II.

Ex creditoris persona justus facti error; et quomodo. III.

Justi erroris caussa aut ex creditoris ætate; et quatenus. IV.

Aut ex vulgata de conditione filiifamilias opinione, aut etiam ex ejusdem mendacio. V.

Mendacium justa erroris caussa, si nec scivit, nec scire potuit esse filiumfamilias cui credidit. VI.

Quot modis et quibus scire potuit. VII.

An unius ex duobus credendi, aut stipulandi reis ignorantia alteri noceat, et quomodo. VIII.

Et cur unius ex duobus filiisfamilias debendi reis obligatio aut liberatio alteri nec prosit, nec noceat. IX.

Quæ horum obligationis a superiorum obligatione differentia. X.

I. Et hoc quidem jus est sine exceptione de pecunia filiofamilias credita, si verba tantum senatusconsulti sequimur. Sed complures sunt caussæ interpretatione receptæ a veteribus, in quibus mens senatusconsulti cessat. Unde et in his senatusconsultum a veteribus cessare dicitur. In quibus totidem sunt senatusconsulti Macedoniani velut exceptiones, quæ dent creditori de pecunia filiofamilias credita actionem, non tantum adversus cæteros, sed etiam adversus eum, qui accepit. Caussæ summatim et velut per indicem comprehensæ in *L.* 1. et *L.* 2. *C. eod. tit.* quæ non ita expositæ paulo fusiorem, et certiorem explicationem desiderant.

II. Et ut res tota sit planior, sic commode, videntur ex suis generibus dividi posse, ut ad tria referantur. Ducuntur enim partim ex persona creditoris, partim ex persona patris, partim ex persona filii cui pecunia data est.

III. Ex persona creditoris cessat senatusconsultum, et utilis est actio de pecunia credita, si creditor justo errore facti deceptus putans esse patremfamilias, qui erat filiusfamilias; tanquam patrifamilias pecuniam credidit. *L.* 3. in pr. *D. eod.* Sumptum ex senatusconsulti sententia. Animadvertere enim licet senatusconsulto denegari actionem in creditores non simpliciter, sed hac de caussa, quod mutuum dando filiisfamilias, materiam præberent malis moribus, quod iidem pessimo exemplo fœnerarent. Proinde hac de caussa, quid deliquissent. Unde denegatæ actionis pœna. Unde et exceptio in eam rem in odium et ob pœnam creditorum comparata esse dicitur. *d. L. qui exceptionem, de cond. ind. d. L. sed si pater*, in fi. *de hoc tit.* Nulla autem pœna sine delicto: cum pœna nihil aliud sit, quam delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de reg. jur.* Atqui nullum delictum est, nullus disciplinæ publicæ contemptus in eo, qui justo errore falsus putavit se patrifamilias credere; si filiumfamilias scisset, non crediturus. Unde promptum fuit intelligere esse contra mentem senatusconsulti, in eum qui isto errore credidisset, actionem denegari: denique ad istum creditorem pœnam senatusconsulti non pertinere. Neque enim ibi pœnæ legitimæ locus est, ubi nullum est delictum, quod lex coerceat. Sic et in conductione militis, cui lex quidquam locari vetat, et si contra factum sit, denegat locatori omnem actionem; placuit legem ad eum non pertinere, qui ignorans militi quasi pagano locaverit: eadem ista ratione videlicet, quia non contemneret disciplinam, idest nihil delinqueret dignum pœna legis, qui militem ignorasset. *L. si ignorans, D. loc.*

IV. Sed justum errorem in creditore filiofamilias mutuum dante exigimus. Justus hic error aut ex ætate creditoris æstimatur, aut ex caussa extrinsecus incidente. Ætas creditoris sola hunc objicere putatur, si is minor sit 25. annis, qui filiofamilias credidit. Huic quidem minori non denegari actionem placet, quasi nec videatur filiofamilias credidisse. *L.* 3. in pr. illic, *proinde. D. hoc tit. L. regula.* in pr. *D. de jur et fact. ignor. L. verum*, §. *ult. D. de minor.* sed non alia de caussa, quam quod non videatur minor

scire potuisse, an filiosfamilias sit, cui credidit, ut Ulpianus scribit in *d. L. 3.* in pr. vers. *proinde.* Sed quod hic minori tribuitur, idem Ulpianus ibidem admonet ut minori tribui caussa cognita, et in eo ei a prætore succurri: in quo intelligere debemus succurri per in integrum restitutionem. Quod et idem expressit in *d. L. verum, §. ul. D. de min.* Quod eo spectat, ut intelligamus hanc restitutionem post 25 annum competere tantum intra quatuor annos, tempus omnibus restitutionibus in integrum præstitutum. *L. ult. C. de temp. in integ. rest.* Ideo post id tempus omnem repetitionem creditori isti denegari.

V. Caussæ extrinsecus intervenientes duæ etiam in majore 25 annis justum hunc errorem, et hæ per se singulæ faciunt: vulgata opinio de conditione filiifamilias; et hujus ipsius mendacium de conditione sua mentientis. Vulgata opinio de conditione filiifamilias justum errorem præbet creditori, si publice sui juris videbatur plerisque, *L. 2. C. hoc. tit.* idque non vano rumore, sed opinione ex ejus actionibus nata, in quibus se palam pro patrefamilias gerebat: puta sic agebat judicio: sic contrahebat, sic muneribus publicis fungebatur. In omnibus scilicet se patremfamilias, et ut lingua vernacula loquimur, suis juribus utentem prædicans, nemine refragante. Hæc sententia, *d. L. 3.* in pr. *D. eod.* Mendacium filiifamilias se esse patremfamilias affirmantis idem tribuit creditori *L. 1. C. eod.* ut et alias receptum est, jure unicuique mendacium suum nocere. *L. 4. L. eum qui, D. quod cum eo, L. ult. D. de rei vind.*

VI. Non est tamen satis hoc mendacium filii ad excusationem creditoris, nisi hoc accesserit, ut is affirmationi filiifamilias justa ratione crederet, et doceat se credidisse. Hoc enim nominatim adjicitur in *d. L. 1. C. eod.* Justa ratione credidisse intelligitur creditor, si neque scivit aliunde, neque scire potuit filiumfamilias esse eum, qui credebat. Quod si aut scivit, aut scire potuit, senatusconsulto locus est. *L. pen. D. eod.* Si scivit, nulla dubitatio, quin mendacium filii nihil ei prosit. Non enim decipitur alieno mendacio, sed a seipso, qui scit falsum esse quod dicitur. *L. nam si actor, D. de rei vind.* Et qui scivit filiumfamilias esse eum cui credebat, non debuit exspectare, ut de eo certior fieret. *L. 1. in fi. D. de act. empt.* Sed etsi creditor scire potuit, idem probandum est. Non enim debent esse melioris conditionis stulti, quam periti. *L. 4. D. quod vi, aut clam.*

VII. Tribus autem modis fieri potest, ut creditor scire potuerit: quos si in inquirendo omisit, senatusconsulto tenetur quanvis nesciverit certo esse filiumfamilias, cum quo contrahebat. Primum si scivit filium istum habere patrem in eadem civitate; debuit patrem adire prius, et quærere, num filius esset in ejus potestate, necne. Id quod a patre facile cognoscere potuit. Si filius ibi patrem non habuit, sed habuit cognatos, quos ibi esse non ignoraret creditor: proximum fuit, ut illos adiret, et eos de conditione cognati consuleret. Non enim verisimile est eos ignorare, quo jure esset cognatus. *arg. in L. pen.* in fin. *D. unde cogn.* Hæc ita facienda esse in re simili præcipitur in *L. hæc autem, §. 1. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Quod si in eadem civitate nemo erit ex his, a quibus creditor de conditione filii recte cognoscere potuerit: tertium est, ut interroget eum, cum quo contrahit, an patrem habeat, necne. Si respondet se habere: satis habet creditor, ut eum filiumfamilias existimet, nisi is se certis modis dicat liberatum potestate. Sic enim jus est, ut qui procreati sunt ex justis nuptiis, si patrem solum habent, sint in ejus potestate, nisi justis modis de potestate exierint. *L. 3. D. de his qui sunt sui vel al. jur. Inst. de patr. pot.* in pr. et *§. ult.* Nec quidquam juverit creditorem, si filius se patrem habere confessus, nihilominus se sui juris esse affirmet. Stulte enim hoc credidit, qui mutuum dabat, cum filii affirmationi repugnaret ratio juris. Quod si ignorat creditor, in jure errat. Quem errorem constat non prodesse. *L. 2. L. regula,* in pr. *D. de jur. et fact. ignor.* Sequitur igitur, ut si filius se patris potestate solutum dicat, amplius creditor percunctari debeat; quo modo sit solutus. Ex quo genere si unum aliquem justum modum dixerit filius, puta emancipationem, aut damnationem patris: hic demum creditor affirmanti filio justa ratione credidit, si an ita se haberet, necne ignoravit. Hæc enim facti ignorantia est, quam ut justam et probabilem constat ex diverso nulli nocere. *L. 2. L. juris. L. pen.* in pr. *D. de jur. et fact. ignor.* Atque hæc cum dicimus fieri debere ad justum errorem creditoris, etiam dicimus debere ab eo probari, ut, cessante senatusconsulto, utiliter experiatur. *d. L. 1. C. eod.* id autem ex regula juris perpetua, ei qui dicit, incumbere probationem. *L. 2. D. de probat.* Ex his apparet, quam periculose mutuum detur filiofamilias. Nam etiam si creditor putet eum esse filiumfamilias: tamen nihil proficit, nisi probet superiora.

quibus justus error in eo arguitur. Scimus autem, quam non præstentur pleraque a creditoribus. Aut quam sit omnium difficilis probatio. Itaque bene ita traditum est regula juris hinc nata. *L. qui cum alio,* D. de reg. jur. *qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus.* Cui ergo debet? quia si est ignarus, ex eo sunt illa incommoda in pecunia filiofamilias credenda, quod propter ignorantiam mutuum dabit; ac nisi sollicite eas probationes compararit, quas ante diximus, pecuniam amittet.

VIII. Sed quod dicitur, cum creditor putavit eum esse patremfamilias, cum quo contrahebat, cessare senatusconsultum, et utilem esse actionem creditori: sic accipiendum est, si creditor in ea pecunia sit solus creditor, aut duo quidem rei credendi ejusdem pecuniæ, sed ambo pariter justa de caussa patremfamilias putent. Quod si ejusdem pecuniæ duo rei credendi, stipulandive erunt, quorum unus sciat esse filiumfamilias eum, cui pecunia credebatur; alter ignoret, ac putet esse patremfamilias quamvis justo errore: placet nihilominus in utroque locum habere senatusconsultum, et filiumfamilias pariter utrumque exceptione senatusconsulti summovere: ut unius creditoris scientia alteri reo credendi quamvis ignoranti noceat. Hoc Ulpianus in *L. item,* *§. non solum,* versic. *sed etsi, D. hoc. tit.* de qua specie nos his dicturos supra monuimus. Et vero sententia digna est animadversione. Videtur enim manifestæ æquitati, et regulæ juris adversari, quæ exstat in *L. iniquissimum.* D. de jur. fact. ignor. *iniquissimum videri cuiquam scientiam alterius quam suam nocere.* Sumptum ex regula generali naturæ. Neminem alterius facto lædi, aut onerari debere. Neminem alterius conditionem facere posse deteriorem. *L. de pupillo. §. si plurium, D. de op. nov. nunt. L. in caussæ, D. de proc. L. solvendæ, D. de negot. gest.* Sed recte Ulpianus in specie proposita, et ex ipsissimis regulis juris, quæ inter duos reos credendi obtinent. Num quod dicitur unius scientiam alteri nocere non debere, tunc locum habet, cum nihil amplius est, quam scientia unius, quæ alteri noceat. Id vero naturalis simul et civilis ratio omnis repudiat, ex principiis supra scriptis. At hoc non fit in proposito. Nam cum unius ex duobus reis credendi scientia alteri reo credendi nocet ad liberationem debitoris, non tam alteri nocet scientia unius, quam nocet conjunctio obligationis. De obligatione duorum reorum credendi stipulandive jam ante diximus, in hac unam rem versari, et unam obligationem. Hinc evenire, ut si debitor ab uno reo credendi liberatus sit, pariter ab utroque liberetur. *§. 1. Inst. de duob. reis, L. 2. D. eod.* Hic autem filiusfamilias debitor, quem unus ex reis credendi talem esse scivit, senatusconsulto Macedoniano liberatur exceptione. Sic fit conditione obligationis, ut in totum liberetur ab utroque, cum in utroque una hæc esset et eadem obligatio. Unde intelligitur, quod dixi, hanc liberationem filiifamilias adversus alterum reum credendi ignorantem, si vere judicare volumus, non contingere ex alterius rei credendi scientia: sed ei qui sciat esse filiumfamilias eum, cum quo contrahit, nocere scientiam suam, ut sic ab eo prius liberetur filiusfamilias debitor. Ab hoc liberatum sic deinde consequi, ut propter conjunctionem obligationis liberetur quoque ab altero. Quod quidem illi propter liberationem priorem proprie contingit, non propter correi scientiam.

IX. Hinc quæsitum e converso, si unus sit creditor, et duo filiifamilias rei debendi ejusdem pecuniæ creditæ, quorum unum creditor sciat esse filiumfamilias, alterum putet esse patremfamilias: quæsitum, inquam, an quia is, quem scit esse patremfamilias, si solus esset, non tenetur ex senatusconsulto, ideo dicendum sit etiam alterum non teneri propter eamdem conjunctionem obligationis, ut adversus utrumque denegetur actio creditori. An vero contra quia is quem creditor putavit esse patremfamilias si solus sit, tenetur ex sententia senatusconsulti, ut ante posuimus, ideo dicendum sit alterum quoque teneri propter eamdem obligationis conjunctionem. Et in summa an unius liberatio sequenda sit, quæ alterum quoque liberet: an vero eligenda unius obligatio, quæ alterum quoque oneret. Hæc est species, quam superiori subjicit Ulpianus in *d. L. item, §. non solum,* vers. *item si duos, D. eod.* habetque eam quæstionem et quærendi occasionem, quam dixi. De qua ille respondens concise fecit, ut minus res tota intelligeretur. De ea igitur sic enucleatius habendum est. Multum interest in hac specie inter eum filiumfamilias ex his duobus, ad quem mutua pecunia pervenit, et eum ad quem non pervenit. De eo ad quem pecunia non pervenit, generaliter probandum est, hunc perpetuo teneri, nec ad eum pertinere auxilium senatusconsulti, non tantum si creditor putaverit eum esse patremfamilias, ut justo errore excusaretur: sed etiam si scivevit esse filiumfamilias. Nam senatusconsul-

tum vetat tantum mutuam pecuniam dari filiofamilias, ne accepta materiam malis moribus præbeat. Huic autem, quem proponimus, mutua pecunia data non est. Præterea reus ejusdem pecuniæ mutuæ vice mutua fidejussor intelligitur. *L. reos*, in pr. *D. de duob. reis.* Porro senatusconsulto Macedoniano non prohibetur filiusfamilias fidejubere pro alio mutuam pecuniam accipiente, dum ne id agatur, ut pecunia ad eum perveniat. *L. item*, in pr. *D. hoc tit.* Quod autem attinet ad eum, ad quem mutua pecunia pervenit, is demum est, qui ad senatusconsulti auxilium pertinet. Huic enim verum est mutuam pecuniam datam esse, quod senatus vetat. Et in eo superiore distinctione utemur, quæ nec alteri prosit, nec noceat. Ut si creditor scivit eum esse filiumfamilias, exceptione summoveatur: si putavit justa ratione esse patremfamilias, non summovetur. Quæ distinctio est Ulpiani in *d. L. item*, §. *non solum.* Unde intelligimus, cum creditor putavit istum filiumfamilias posteriorem esse patremfamilias, utrumque ex his duobus reis debendi teneri pariter creditori. Nam alterum semper teneri ante diximus. Quod si creditor scivit hunc posteriorem ad quem pecunia mutua pervenit, esse filiumfamilias, jam hic eveniet, ut liberetur ipse senatusconsulti exceptione, alter autem filiusfamilias, idemque reus debendi teneatur, si verum est quod de eo diximus.

X. Hic vero nobis occurritur ex superiore conditione obligationis duorum reorum. Ut enim cum debitor ab uno ex duobus reis credendi liberatus est, simul liberatur ab utroque: sic vice versa, cum unus ex duobus reis debendi liberatus est a creditore, simul etiam alter debendi reus liberatur, propter eamdem conjunctionem obligationis videlicet, quæ itidem in utriusque rei debendi persona una est, non duæ, *d* §. 1. *Inst. de duob. reis. d. L.* 2. *D. eod.* Sed quod dicitur, uno ex duobus reis debendi liberato, alterum liberari, hactenus verum est, nisi liberatio unius sit personalis, aut ex ea caussa, quæ liberato soli conveniat, nec pertineat ad alterum. Quodcumque beneficium certa de caussa tribuitur, id tale est, ut in quibus ea caussa non est, beneficium quoque deficiat. *L. in omnibus caussis id observatur. D. de reg. jur.* Et in specie duorum reorum debendi id significatur in *L. idem.* §. 1. *D. de pact.* At hoc in proposito inter istos duos filiosfamilias debendi reos accidit. Nam is ad quem mutua pecunia pervenit, liberatur exceptione senatusconsulti: sed nominatim hac de caussa, quia pecunia mutua illi data est. Hæc caussa cessat aperte in altero filiofamilias, cui mutua pecunia data non est. Quapropter absurdum sit dici eum ob camdem caussam liberari. Summa est in hac exceptione, nunquam creditori, qui justo errore putavit esse patremfamilias eum, cui pecuniam credebat, denegari actionem ex senatusconsulto: præterquam uno hoc casu, si is errorem habeat credendi, stipulandive in ea pecunia credita, qui sciverit eum, cui pecunia credebatur, esse filiumfamilias.

CAP. XXVII.

Ex persona patris quæ sint Macedoniani exceptiones. Inter cætera præcipue tractatum de pecunia filiofamilias studiorum caussa absenti credita.

Ex persona patris exceptiones duæ; ambæ ex sententia S. Cti. et quare. I.

Prior; si voluntate patris fuerit pecunia filio credita. Tres id genus modi. II.

1. *Si pater mandaverit, et mandatum licet opportune revocatum ignoraverit creditor.* III.
2. *Si scivèrit pecuniam filio creditam, nec prohibuerit. Quare patri noceat silentium.* IV.
3. *Si quod cum filio gestum pater ratum habuit. Contrariis occurritur.* V. VI. VII.

Ratum habet pater quod cum filio gestum non tantum verbis, sed re et facto; et iterum silentio. VIII.

Quomodo re, et facto. IX.

Quomodo rursus silentio. X.

Patris ratihabitionem non soli patri, sed filio, aliisque, qui hujus accedunt obligationi, nocere. XI.

Altera exceptio, si pecunia filio credita effectu versa in rem patris. Quid huic consequens. XII.

In rem patris versa pecunia intelligitur, si aut ex aliquid est patri quæsitum; aut ne quid patrimonio ejus abesset, factum. XIII.

Ad prius genus pertinent quæsita per filium patri credita pecunia actio, aut liberatio. XIV.

Liberatio, si æs alienum solvat, quo pater obligatus erat. XV.

Actio simul et liberatio, si dotet ex illa pecunia sororem. XVI.

Ad posterius pecunia filio data absenti studiorum caussa. XVII.

Tria in absentia filii concurrere oportere. XVIII.

1. *Ut filius absit studiorum, aut alia probabili et honesta de caussa.* XIX.
2. *Ut mutuam dans filio pecuniam probabilem modum non excesserit. Ex quibus rebus modus probabilis dignoscatur.* XX.
3. *Ut pecunia filio data absenti honesta de caussa, sit effectu in rem patris versa.* XXI.

Si absentiæ caussa in filio aut turpis; aut honesta illa quidem, sed patri non probata; sive sciens dederit, sive ignarus creditor, modo invito patre non repetit et quare. XXII. XXIV. XXV.

Nisi filio licet absenti, invito patre pecuniam dederit creditor in extrema ejus inopia. XXIII.

Quid si non invito patre, absenti filio dederit; sed tamen avari patris modum excesserit. XXVI.

Quid si nec patris modum excesserit; sed tamen cum acceptam a patre quantitatem prodegit filius, creditor dedit. Num hic an sciens, aut ignarus dederit, intersit. XXVII.

Quisnam pater in utraque exceptione. XXVIII.

I. Ex persona patris duæ sunt exceptiones summæ, in quibus cessat senatusconsultum. Una, si voluntate patris mutua pecunia data sit filiofamilias. Altera, si pecunia versa sit in rem patris. Utraque comprehensa in *L. item*, §. *interdum*, vers. *quamquam*, et deinceps. *D. hoc. tit.* Sumptum horum quoque utrumque ex mente senatusconsulti. Nam S. C. qua parte patrem respicit, apparet denegare actionem de pecunia filiofamilias credita potissimum caussa patris, atque adeo solum caussa patris. Certo indicio est, quod non vetat dari cuivis filio, sed filiofamilias, idest ei soli, qui est in potestate patris. Quorsum? nempe ne filius in mutua pecunia accipienda aliter se gerat, quam velit pater, ne corrumpatur. Tum autem ne corruptus pecunia, quam in luxuriam consumat, lædat patrem, et oneratus ære alieno insidietur vitæ ejus. Quod et diserte scriptum est in §. *pen. Inst. quod cum eo.* et satis significatur illis verbis extremis senatusconsulti; *bonum nomen fieri non posse, exspectata patris morte.* Atqui abest omnis hic metus, si quid eorum erit, quæ supra diximus. Non enim aliter se gerit filiusfamilias in mutua pecunia accipienda, quam velit pater, si eam accipit voluntate patris. Sed et consentiens pater satis declarat non metuere in eo filii insidias. Aperte autem non lædit patrem filius, si pecunia versa sit in rem patris. Hinc, ut di-

xi, ex mente senatusconsulti superiores exceptiones.

II. Prior igitur hæc est, cessare senatusconsultum, idest non denegari actionem de pecunia filiofamilias credita, si voluntate patris mutua data sit. *L.* 2. *C. hoc tit. d. L. item.* §. *interdum*, vers. *quanquam*, *D. eod.* Voluntate patris ita data accipitur tribus modis: si vel mandante jubenteve patre data sit; vel sciente tantum; vel rem sine consensu ejus gestam ratum habente.

III. De mandante et jubente nulla dubitatio est, quin ejus voluntate pecunia data sit, qui jussit, aut mandavit, sive jussit ut filius sumeret, vel a certo, vel generaliter alicunde. Sive creditori mandavit, ut daret, *L.* 1. in princip. *D. quod jussu.* Quid tamen, si pater mandatum revocavit rebus adhuc integris? Ut si scivit creditor, senatusconsulto locus est. Potuit enim pater mandatum revocare, et verum est mandato revocato, mutuum non datum voluntate ejus. *L.* 1. §. 1. *D. quod jussu.* Quod si ignoraverit creditor mutatam voluntatem, et dederit, cessabit senatusconsultum: ut hic potius initium contractus spectemus. *L. si tantum*, in fin. *D. hoc tit.* ne scilicet justa ignorantia noceat creditori ob mandatum patris ad mutuum dandum inducto. Quod similiter in omni mandato revocato generaliter probatum est. §. *recte Instit. de Mand.*

IV. Sed etsi tantum sciente patre creditum sit filio, dum pater scit, et patitur: tanquam voluntate ejus pecunia data placet cessare senatusconsultum. *L. si tantum*, *d. L. item*, §. *interdum*, illic *num si scil. D. hoc tit.* Quod tamen in hac caussa receptum esse non abs re mirum videri potest. Certe pleræque sententiæ veterum, et hæ juris explorati refragari videntur. Primum quod traditur regula juris, eum qui (1) tacet, non utique fateri. *L. qui tacet, D. de regul. jur.* Deinde quod in edicto de exercitoria et tributoria actione aperte voluntas a nuda scientia distinguitur. *L.* 1. §. *licet*, illic, *in re agitur. D. de extr. act.* Postremo ut alia omittam, quod non semel, neque in una parte edicti constanter invitus definitur is, qui aperte non consentit. *L. filiusfamilias*, §. *invitus*, *D. de proc. L. invitum*, *D. de serv. urb. præd.* Contraria sunt invitum esse, et velle aut consentire. Quare si is qui scit, et tacet, invitus est; utique non velle aut consentire eum dicendum est. Et recte dicuntur hæc omnia in iis, qui quod geritur, prohibere non possunt, aut pro officio de sua voluntate testari necesse non habent. In quibus et superiora responsa esse ex suis locis videre est. Quod si quis prohibere potest, et pro officio debet; si scit, nec prohibet: ipse facere, certe facienti consentire intelligitur, ut multis argumentis jure probatur. Exempla in his locis, *L. quid ergo*, §. 1. *D. de his qui notant. infam. L.* 3. *L.* 4. *D. de noxal. act. L. unica*, in fin. *D. fur. advers. naut.* Ex hoc genere est mutuum, quod datur filiofamilias, sciente patre. Nam cum scit pater dari, prohibere potest, ne filius accipiat, pro jure et potestate patris. Potest et illud prohibere, ne det creditor. Cum enim denuntiaverit creditori, ne daret, nemo tam stultus futurus est, ut velit dare pecuniam, quam sciat se amissurum creditam invito patre. Atque ut potest prohibere hanc numerationem pater, ita et pro officio de-

(1) Silentium et patientia quando loco consensus, varie tractant Forcat. *Dial.* 52. *n.* 3. Rob. 2. *Rec. lect.* 26. Hotom. 5. *Obs.* 7. *et ad L.* 1. *C. de Remiss. pig.* Nic. Valla *de reb. dub. Tract.* 10. P. Fab. *ad L.* 3. *de R. Jur.* Donel. noster *ad L.* 6. *C. Mand. n.* 7. *et seqq.* P. Gilken. *de præscript. P.* 1. *C.* 6. *n.* 275. Fachin. 13. *Contr.* 50. remissive, plures veterum citans Jac. Scultet. *in Addit. ad Modest. Pist. p.* 1. *Q.* 130. *n.* 25. Hot. *d. C.* 7. putat non posse tradi certam regulam, sed species notandas esse. Sed Don. *d. loc.* scite hanc rem ita definit: Si patimur aliquid fieri quod fit nostra caussa, totumque ad utilitatem nostram plene pertinet, silentium pro consensu est. Ex gr. Si pro me præsente alium fidejubere patiar. *d. L.* 6. *C. Mand.* 2. Si non quidem fit nostra caussa, neque plane ad commodum nostrum, sed si recte factum nobis prodeat vel ad affectionem nostram pertinet, non recte factum nocet, et cum possumus prohibere, non prohibemus, consentire censetur. Exemplum in *L.* 7. *de sponsal.* Contra silentium pro dissensu, si quod sit, pertinet ad nos onerandos vel obligandos. Exempla in *l.* 8. §. 1. *de proc. L.* 5. *de ser. urb. L.* 8. §. 15. *Quib. mod. pig. sol.* Nisi evidens ratio contra suadet, ut in quatuor speciebus 1.° in his quæ pater facit in persona vel re filii jure suo, ubi tamen filii quoque consensus requiritur. Hic filius tacens consentit, ut in adoptione *L.* 5. *de adopt. in specie L.* 2. §. *ultim. Sol. mat.* tum quia ad filii existimationem id pertinet, ne reluctetur patri, tum quia ad utilitatem, cum nullus affectus vincat paternum. 2.° Si colonus impleto conductionis tempore maneat in fundo, domino patiente *L. ult. Locati.* 3.° In re trium fratrum communi, quam unus donat alterius uxori. 4.° In decurionatu filiofamilias delato. Reliqui loci ab Accursio relati ad rem non faciunt.

bet, si putat eam rem ad corruptelam filii pertinere. Est enim boni patris dare operam, ne filii mores corrumpantur, et præsertim ubi corruptela spectet ad perniciem patris. Quapropter recte, et superioribus exemplis quæ dixi, convenienter, hac quoque in parte receptum est a veteribus, ut quæ mutua pecunia filiofamilias data est, sciente patre, et non contradicente, videatur ejus voluntate et consensu data, ut ne deinceps creditori metuenda sit senatusconsulti exceptio.

V. Postremo quanvis neque mandante patre, neque sciente, pecunia filiofamilias ab initio data sit: tamen etiam voluntate et consensu patris data videbitur, si is postea ratum habet, quod gestum est. Quam ad rem non tantum in hac specie, sed etiam in omnibus aliis negotiis, et hominum actionibus, quæ ad vim suam consensum alterius desiderant, hæc sententia certi juris recepta est, semper ratihabitionem mandato comparari, et prorsus retro trahi, ut confirmet ea, quæ initio subsecuta sunt. Sic Justinianus de ratihabitione in omnibus caussis in universum constituit, per occasionem tamen ratihabitionis paternæ, quæ in mutuo filiifamilias sequeretur, in *L. ult. C. hoc. tit.* Unde et regula juris pontificii totidem verbis transcripta in *C. ratihabitionem, de reg. jur. in VI.* Sententia non primum inducta a Justiniano, sed quæ apud veteres quoque jam olim obtinuisset. Confirmatur enim diserte in *L. licet, D. de jud.* et in *L. 1, §. quoties, D. unde vi.* Sed ea tamen, de qua inter omnes veteres non conveniret. Tribuitur enim nominatim tantum Sabino et Cassio, et quibusdam aliis hos secutis, in *d. L. 1. §. quoties, unde vi.* ut appareat (2) Proculianos dissensisse. Quæ dissensio occasionem superiori constitutioni Justiniani præbuit, alioqui supervacuæ. Nunc utili, ut sine hæsitatione superiorem sententiam, ex ipsa constitutione sequeremur, contraria repudiata.

VI. Sed ne temere videantur dissensisse Nerva et Proculus, obstat ei sententiæ regula certi juris, qua efficitur, quod initio non valuit, tractu temporis convalescere non posse. *L. quod initio, L. quæ ab initio, D. de reg. jur.* Huic objectioni non dubito, quin occurrere voluerint Sabinus et Cassius, dum regulam ita concipiunt, ut dicerent ratihabitionem (3) mandato comparari. Hoc enim non eam tantum significationem habet, ratihabitione non nunc primum, cum ratum habetur, confirmari id quod inutiliter actum est, quod parum esset ad superiorem objectionem diluendam: sed hoc amplius etiam retroversus perinde haberi, quasi jam ab initio res utiliter gesta esset. Id enim futurum erat, si mandatum ab initio intervenisset. Idque est, quod apertius dicitur, ratihabitionem retro trahi, dum intelligimus retro ad illud primum tempus trahi, quo res gesta est.

VII. Nondum tamen hoc satis ad defensionem. Nam superior regula, quæ eadem est regula Catoniana, simpliciter hoc efficit, quod initio non valuit, tractu temporis non convalescere, hoc sensu, ut aliquo eventu secuto postea, neque exinde primum res valeat, neque retro confirmetur ex eo tempore, quo primum vitiose gesta est. Et quidem hoc modo multo minus. Alioqui eo magis res convalescere dicenda esset, quo longius confirmatio retro ex eventu progrederetur. Quod et verum est, constatque hanc mentem esse regulæ Catonianæ. Sed meminisse oportet ejus, quod ante in rebus promissis diximus, regulam Catonianam ad contractus et conventiones conditionales non pertinere, uti nec ad institutiones aut legata conditionalia. *L. cætera, §. 1. D. de leg. 1.* Sciendum est autem, cum id quod fit, pendet ex consensu alterius, si is non consentiat ab initio, rem quidem statim non valere, geri tamen sub conditione, si ille consentiat. Unde evenit, ut illo consentiente, atque ita exsistente conditione, quod gestum est, valeat, non repugnante regula Catoniana, quæ ad conditionalia non pertinet. Atque hinc etiam potest intelligi, quam recte dictum sit consensum et ratihabitionem secutam retro trahi, ut confirmet jam ab initio id, quod ante gestum erat. Id enim facit vis adjectæ conditionis, ac postea impletæ. De qua ut suo loco dicetur, ita placuit, quidquid geritur, contrahitur sub conditione, quandocumque exstiterit conditio, perinde haberi retroversus, quasi ab initio pure gestum contractum esset. *L. potior, D. qui pot. in pign. hab. L. necessario, vers. idem Pomponius, D. de peric. et com. rei vend.*

VIII. Quomodo pater ratum habeat con-

(2) Et contentionem magnam fuisse Cujac. 17. *Obs.* 20. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 19.

(3) Quantum ad hoc scilicet ut qui ratum habuit, improbare id non magis possit, quam si mandasset. Non autem ut inde mandati sit obligatio et actio, quæ verum mandatum, non fictum requirit, sed est actio negotiorum gestorum, ita A. Fab. *ad L. 9. de neg. gest.* per eam L. in fin. Sed quæ vis ratihabitionis et retrotractionis hujus scite Timæ. Fab. 1. *Annot.* 19.

tractum cum filio, nihil interest: verbisne, de quo non dubitatur, an re aliqua et facto, atque adeo silentio.

IX. Re et facto ratum habere intelligitur: quam ob caussam et cessat senatusconsultum, si (4) cœpit solvere, quod filiusfamilias mutuum sumpserat. *L. item. §. penul. D. hoc t.t.* Et generaliter quæ dicemus postea de filio mutuum agnoscente, eadem debebunt et ad patrem referri: ut cum a patre profecta erunt, videatur et ipse pariter agnovisse, et ratum habuisse mutuum.

X. Silentio patris idem fieri visum est in hac specie, si filius, absente patre, pecunia mutua accepta, literas emisit ad patrem, quibus, scribebat se pecuniam quasi ex mandato ejus accepisse, potebatque ut pater solveret, et pater lectis literis nihil contradixit. Hoc est, quod scribit Paulus in *L. si filiusfamilias, D. eod.* debere patrem in hac specie, si actum filii improbat, continuo interponere testationem contrariæ voluntatis, Significans, si non interponat, silentio suo et dissimulatione actum filii probasse videri. Merito autem Paulus hoc silentium patris pro ratihabitione habet, non propter acceptas et lectas literas de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unusquisque enim literas accipit et legit, ut cognoscat, quæ in his scripta sunt, non etiam ut quæ scripta sunt, probet. Sed quod cum in superiore specie solus scire possit pater, an filius sit mentitus de mandato patris: si rogatus de eo tacet, dolo facit, et aperte mendacio filii favet in necem crediteris, qui admonitus adversus filium sibi prospicere potuit. Ut cæteris in rebus nulli dolus suus lucrosus esse debet: *L. 1. D. de dolo.* Sic in hac re nocere debebit patri, non prodesse vel ipsi, vel filio. Proinde et quod ambigue factum videri potest, sic accipiemus, ut ipsi noceat.

XI. Sed an ratihabitione patris ita confirmatur mutuum, ut non tantum teneatur, pater eo nomine, sed etiam filius, et si quæ sunt ejus obligationis accessiones, puta fidejussor, aut mandator? Movet quæstionem, quod ab initio nata est filiofamilias et cæteris ejusdem obligationis reis exceptio senatusconsulti, dum filio pecunia mutua data est sine voluntate patris. Jus autem non patitur, ut exceptionem aliis semel quæsitam pater facto suo possit adimere. *L. ult. D. de pact.* Et consequens est superioribus, ratihabitione patris ita confirmari mutuum, ut sit petitio eo nomine adversus omnes eadem, quæ foret, si senatusconsultum non obstaret. Diximus enim ratihabitionem mandato comparari, atque ita haberi, quasi mandatum patris statim ab initio intervenisset. Nemo autem dubitat, quin si pecunia mandatu patris filiofamilias initio data sit, cesset in omnes senatusconsultum. Nihil ad rem pertinet, quod exceptio aliis semel quæsita, facto patris illis adimi non potest. Ratihabitione enim patris postea secuta, efficitur, ut nunquam filiofamilias in pecunia illi credita exceptio quæsita intelligatur. Non enim acquiretur, si mandatu patris illi esset ab initio credita: At ratihabitio pro mandato est, quam retro trahi, et mandato comparari dicimus.

XII. Altera exceptio est ex persona patris, in qua cesset senatusconsultum, si pecunia (5) versa sit in rem patris. *d. L. item, §. interdum, vers. pronde hoc tit.* In quo hoc dici animadvertendum est, non consilium filiifamilias de vertenda pecunia in rem patris in hac re spectandum esse; sed eventum, et hunc sufficere. Propone filiumfamilias non accepisse ab initio hoc animo, ut verteret in rem patris, sed postea vertisse. Cessabit senatusconsultum. Vero enim pecunia versa est, etsi non hoc consilio accepta. Pone contra, ab initio accepisse eum hac mente, ut in rem patris verteret, sed mutato consilio non vertisse. Senatusconsulto locus erit. Verum est enim pecuniam non esse versam in rem patris. Quod tamen ut fiat exigimus. Hæc in *d. L. item, §. interdum, in fi. D. eod.* Et ideo quod dicitur in *L. 2. C. eod.* cessare senatusconsultum, si filius mutuam pecuniam acceperit *in eam rem quæ patris oneribus incumberet*, sic interpretandum est, si acceperit in eam rem cum effectu, ut scilicet et in eam rem contulerit.

XIII. Versa in rem patris pecunia intelligitur, si melior conditio patris ex ea pecunia facta est. Quod fit dupliciter. Nam aut ei inde quid acquiritur, quod prius non habuit: aut fit, ne quod habet, de patrimo-

(4) Item consensus præsumitur ex consuetudine, si filius solitus creditum accipere et pater pro eo solvere, arg. *L. ult. D. Quod cum eo qui in al. pot.* Gomez. 2. *Resol.* 6. *num.* 2.

(5) Ubi actio de in rem verso, quæ datur quatenus in rem versa est, ac uberior est actio de peculio, competens etiam illa deficiente. *L. 1. de in rem verso.* Non sufficit quidem si in eum finem acceperit filius, nisi vere versa sit: sufficit tamen si utiliter inceptum negotium, licet successu caruerit *L. 7. d. t.* Duar. *ad t. D. de in rem verso.*

nio decedat, quod alioqui esset decessurum.

XIV. Acquirit patri filiusfamilias, sive rem aliquam utilem comparat patri ex ea pecunia, sive liberationem acquirit ei, sive actionem.

XV. Ad liberationem patris pertinet omnis exsolutio æris alieni, quo pater tenebatur. Ideo quidquid de pecunia mutuo accepta contulit in eam rem filius, hactenus tanquam pecunia in rem patris versa, placet cessare senatusconsultum. Idque est, quod dicitur in *d. L.* 2. *C. eod.* non esse locum senatusconsulto, si filius pecuniam accepit in *eam rem, quæ patris oneribus incumberet.* Onus patris est, quidquid pater præstare debuit, quo solutione filii sublato, acquirit ei filius liberationem. Hoc idem est, quod Ulpianus scribit in *L. item*, §. *pen. D. eod.* cessare exceptionem senatusconsulti. *si filius acceperit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui si peteret, exceptione non summoveretur.* Quod sic interpretandum est: ut eum liberaret, intellige crediturem, idest ut absolveret et dimitteret crediturem, pecunia illi soluta; qui si peteret, nempe a patre, eodemque debitore, non summoveretur ab eodem patre. De pecunia enim hujus nomine soluta a filiofamilias nunc agitur. Et certe si esset hic creditor ipsius filiifamilias, adversus quem filius nullam exceptionem haberet: non eo magis cessaret senatusconsultum, quia filius de pecunia aliunde mutuo sumpta ei solvisset, et se liberasset. Quod paulo ante scripserat Ulpianus *d. L. item*, §. *pro inde*, in fi. *Non tamen*, inquit, *vertisse videbitur filius si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit.* Et addit: *et ideo si pater ignorarit, adhuc senatusconsulto locus erit.* Merito: semper enim verum est ejusmodi pecuniam neque voluntate patris initio acceptam, neque postea versam in rem patris.

XVI. Ejusdem generis factum est, sed et idem quo acquiritur patri actio, si filiusfamilias in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret. Scriptum quidem est in *L. filiusfamilias*, *D. eod.* videri eam pecuniam in rem patris versam, tenerique patrem eo nomine actione de in rem verso. Quod in hoc argumento positum non alio spectat, quam ut intelligatur in hac pecunia mutua tanquam in rem patris versa cessare senatusconsultum, ut est in universum definitio in *d. L. item*, §. *interdum*, vers. *proinde.* Sed quomodo aut cur versa hic pecunia in rem patris, quæ non pro patre, sed pro sorore filii in dotem data est? Ideo scilicet, quia ex hoc facto acquiritur patri et liberatio, et actio. Liberatio: quia pater filiam quam in potestate habet, dotare debet, et jure civili cogitur. *L. capite, D. de rit. nupt.* Qua obligatione liberatur, cum filius ejus nomine pro sorore dotem dedit. Actio: quia dote patris nomine data pro filia, ipsi patri mortua in matrimonio filia repetitio dotis datur: quam posteriorem rationem Paulus reddidit, ut probaret pecuniam datam a filio pro sorore in dotem, videri versam in rem patris, in *d. L. filiusfamilias.* Explicatur hæc species pluribus in *L. et ideo*, in fin. et *LL.* 2. sequentib. *D. de in rem verso.*

XVII. Fit, ne quid decedat de patrimonio patris, quod alioqui futurum erat, cum filius pecuniam mutuo acceptam impendit in eam rem; in quam pater de suo impensurus erat sponte sua, non ulla obligationis aut juris necessitate coactus. Cujus patris exempla complura suppeditabit *L.* 3. §. *proinde*; §. *nec non*, et alibi. *D. de in rem vers.* Una est species in hoc senatusconsulto celebrata a veteribus, quæ huc referri debet, cum filiusfamilias studiorum caussa absens mutuum accepit. In quo senatusconsultum cessare jam olim vulgo traditum refert Ulpianus in *L. item*, §. *quod dicitur*, *D. hoc tit.* Quod ille in summa ita interpretatur, quatenus pater de suo impensurus fuerit filii nomine. Neque id aliter acceptum est rescripto Alexandri, cujus a consiliis fuit Ulpianus, in *L. Macedoniani*, *C. eod.* ut mox patebit. Quæ res declarat, quod dixi, hanc speciem ad posteriorem partem superioris definitionis pertinere. Nunc quia habet ea species nonnullas cautiones, et frequens est, operæ pretium est quid ea desideret, paulo plenius cognoscere.

XVIII. Ergo ut pecunia absenti filiofamilias mutuo data cesset senatusconsultum, tria exiguntur nata ex eo, quod pecuniam in rem patris versam quærimus.

XIX. Primum ut filius (6) studiorum caussa absit. Quod exempli caussa dictum intelligendum est, ut sub una specie omnis honesta et probabilis caussa absentiæ contineatur. Nam etsi absit filius legationis caussa, idem juris esse traditur in *L. Macedoniani*, *C. eod.* Nec vero quidquam caussæ est: cur si hoc jus putetur pertinere ad

(6) Vid. Gomez. 2. *Resol.* 6. *n.* 2. Zanger. *de except.* p. 3. *C.* 10. *n.* 19. *et seqq.* Jo. Gutierez. *in Repet. auth. sacram puberum n.* 71. *et seqq.*

unam aliquam caussam probabilem absentiæ aliam, quam studiorum: non debeat generaliter transferri ad cæteras. Cur ergo absentiam hic exigimus? Quia domi degens filiusfamilias apud patrem non indiget ad victum et res necessarias aliena pecunia mutua, cum abunde, certe quod satis est, necessaria illi suppeditentur a patre: ad res autem alias nihil pater daturus fuerit. Cur exigimus absentiam studiorum caussa, aut aliam probabilem? Hac ipsa ratione, quia scilicet dum voluntate patris abest filius, non fuerit recusaturus pater necessarium aut idoneum sumptum ad eam rem, cui absentia destinata est.

XX. Secundum exigitur in hoc mutuo, ut qui filio studiorum caussa absenti mutuum credit, probabilem modum in mutuando non excesserit. *d. L. item*, §. *quod dicitur*. Probabilis hic modus duabus ex rebus deprehenditur. Una, si pater certam quantitatem solebat subministrare, et eam creditor non excessit. *d.* §. *quod dicitur*. Altera, si aut nullam certam quantitatem subministrabat pater, aut subministrabat quidem, et creditor excessit: sed pecunia data est *ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret*. Sic verba sunt *d. L. Macedoniani, C. eod.* Tales sumptus in eo filio, cui pater nullam definitam summam adhuc miserat, sunt ii, qui ad victum et cultum filii, dignitati familiæ, et facultatibus conveniunt; quos verisimile est patrem pro ea dignitate esse facturum. In eo autem cui pater certam quantitatem solebat subministrare, si creditor eam quantitatem excedat, tales sumptus sunt, qui fiunt ad curandum ægrotum, aut curato ægroto, conferuntur in mercedes medicorum, aut ad cæteras res ad curationem olim necessarias. Apparet autem horum utrumque redire ad hanc summam, ut ideo creditori de pecunia filio studiorum caussa absenti credita sit actio, quia pater idem daturus fuerit; et si daturus fuerit, ut sic in rem patris pecunia hæc versa intelligatur. Ac nisi id fit, sciamus cessare senatusconsultum. Quod apertius indicatur in quæstione de in rem verso in *L.* 3. §. *proinde*, *L. et idem*, 7. §. *ultim. L.* 8. *L.* 9. *D. de in rem vers.*

XXI. Tertium exigi intelligendum est, etsi omissum in *d.* §. *quod dicitur*, *L. item*. Ut pecunia ista etiam versa sit in eos usus, in quos pater a se datam impendi vellet: id est, in quos pecuniam solebat subministrare, aut in quos ut necessarios subministraturus esset pro pietate et affectu patris. Quod si in hos usus pecunia consumpta non sit a filio, sed postea conversa ad luxuriam aut res alias, senatusconsulto nihilominus locus erit: nec quidquam patrocinabitur creditori aut absentia justa filii, aut consilium bumanum creditoris. Meminerimus enim de pecunia filiofamilias credita, quem sciverit creditor talem esse, ita demum cessare senatusconsultum, si aut voluntate patris pecunia data sit, aut in rem patris versa. Nec cum quæritur an pecunia versa sit, quidquam ad rem pertinere, quod forte filius ab initio mutuam pecuniam acceperit in rem patris, nisi etiam re ipsa verterit. Quæ sententia Ulpiani est in *d. L. item*, §. *interdum*, in fin. præceditque *d.* §. *quod dicitur*. Ut intelligeremus hujus §. quoque sententiam ad superiorem definitionem referri, aut certe exigendam esse. Sed et hoc ab eodem diserte scriptum est in ea pecunia, de qua tanquam in rem patris aut domini versa agitur, in *L.* 3. §. *sed si sic accepit*, *D. de in rem vers.* Unde et ibidem colligit, curiosum esse debere creditorem, quo pecunia vertatur. Quod ne quis dubitet, etiam ad speciem hujus mutui, de qua agimus, pertinere, propemodum expressum est in *d. L. Macedoniani*, in fin. *C. eod.* Cum enim ita scribitur, *sane si jussu patris datum mutuum probetur: nec in quos usus versa sit pecunia, disquiri necesse est:* satis apertes significatur, si jussu aut voluntate patris mutuum datum non sit, necesse esse inquiri, in quos usus pecunia versa sit, et quidem in ea specie, cum filiofamilias studiorum vel legationis caussa alibi degenti pecunia credita est. Nam de ea specie toto eo rescripto agitur, ab hac certe rescriptum orditur, ac de ea sub distinctione respondet.

XXII. Atque hæc summa est hujus juris, uti ex scriptis veterum hæc pars nobis relata est. Circa quam multa sunt quæsita: de quibus ex his quæ posuimus, non difficile judicium futurum est. Primum quia justam et probabilem caussam absentiæ exigimus, satis inde intelligitur, quid dici oporteat, si filius aberit turpi aliqua de caussa, aut animi et voluptatis gratia injussu patris. Nempe frustra ei creditor dederit, ut aliquando repetat; quia pater ad ejusmodi absentiam pecuniam filio daturus non fuerit. At quid, si filius aberit studiorum caussa, sed invito patre qui illum nolit dare operam studiis literarum, aut non in eo loco ubi degit? Si scit creditor, idem probandum est: quia invitus pater nihil fuerit ad eam rem suppeditaturus. At enim dare operam studiis honestum est. Verum non caussa absentiæ repetitionem tribuit creditori: sed voluntas

aut utilitas patris in hoc mutuo interveniens. Quorum neutrum est, cum abest filius invito patre. Quanquam et illud recte dici potest, etsi opera bonis studiis impensa per se honesta est: tamen nisi quid mandato Dei certo præcipiatur, nihil videri honestum, quod invito patre facias: utpote adversus illud mandatum, *Honora patrem et matrem.* At *lætitia* patris est scientia filii, ait Accursius ex *Nov. Constitutio quæ dignitatib. §. generaliter.* Sumptum ex proverbiis Salomonis. Recte hoc dicitur in re dubia. In re autem certa non est huic conjecturæ locus. *L. continuus*, 137. *§. cum ita.* in fin. *D. de verb. oblig.*

XXIII. Quid tamen, si creditor non ignorans filium abesse invito patre, det illi pecuniam in maxima ejus inopia, ne egestate pereat? Putem recte eum facere, et ex voto patris, eoque nec denegari ei actionem. Quia prius quam filius periret, videtur patris pietas et hunc sumptum et alium quemvis non recusatura. Quod cum de patris voluntate intelligitur, cessat senatusconsultum. *L. Macedoniani, C. eod.*

XXIV. Quid, si extra hanc necessitatem det creditor, sed ignorans filium abesse voluptatis caussa, cum is mentiretur se abesse gratia studiorum? Æque senatusconsulto locus erit. Non enim tantum locum habet senatusconsultum, si creditor scivit de conditione filiifamilias, sed etiam si scire potuit. *L. penultim. D. hoc tit.* Facile autem fuit scire, an filiusfamilias alicubi fuerit studiorum caussa, consultis iis, qui studiis præerant.

XXV. Quid, si vere abfuit filius studiorum caussa, sed cum abesset, invito patre, creditor ignoravit? Non video, quid creditori prodesse debeat sua ignorantia, si in rem patris versum non sit, quod filiofamilias datum est: cum hoc ubique exigatur in hac caussa, ut pater daturus fuerit. *d. L. item, §. quod dicitur, D. eod. d. L. Macedoniani, C. eod. L. si vero. D. de in rem vers.*

XXVI. Quid, si filius vere absit studiorum caussa, et volente patre, sed creditor quantitatem a patre subministrari solitam mutuando excesserit, quia forte pater parcior aut avarus non suppeditaret sumptum filio pro dignitate familiæ et facultatibus; ipse autem tantum dederit, quantum ei dignitati, et familiæ conveniebat? Sed cum constet patrem tantumdem daturum non fuisse, apparet quod ita datum est, nec voluntate patris datum, nec esse versum in rem patris. *L. si vero, D. de in rem vers.* Proinde et hactenus locum esse Senatusconsulto. *d. L. item, §. interdum*, vers. *proinde.* At dedit creditor pro dignitate familiæ. Qui videri potest probabilis modus dandi. Quem modum enim servat creditor in hoc mutuo, ibi ait Ulpianus cessare Senatusconsultum, *d. L. item, §. quod dicitur.* Sed idem probabilem hunc modum ibidem interpretatur, si creditor non excesserit eam quantitatem, *quam pater solebat subministrare.* Et certe quanvis in ea subministranda non servaret pater modum dignitati suæ convenientem: tamen non debuit creditor in re aliena hoc arbitrium sibi sumere, ut præscriberet patri; quem modum statueret rebus suis, aut sumptibus in filios faciendis. Patri hoc relinquendum fuit æstimandum. Primum quia rerum suarum dominus est; et unusquisque arbiter ac moderator rei suæ. *L. in re mandata, C. mand.* Deinde quia est pater: cujus caritas et solicitudo pro liberis multo melius decernet, quod expediat filio, quam extraneus quivis: tum quod patri præter cæteros noti sunt mores et ingenium filii: tum quod nullus sit amor, qui vincat paternum, quod ex natura sumptum positum est in *L. ult.* in pr. *C. de curat. fur.*

XXVII. Quid, si filius absit studiorum caussa, et volente patre, nec excesserit creditor eam quantitatem, quam pater subministrare solebat: sed creditor tum dederit, cum jam filius eam quantitatem acceptam consumpsisset in alios usus, quam in quos pater daturus fuerit, puta in alea, in compotationibus, in divagationibus non necessariis? Et puto, si creditor id scivit, senatusconsulto locum esse: vel quod pater amplius non subministraret, quia amplius non solebat; vel quia de voluntate patris juste in eo dubitari potuit, ut merito an vellet iterum dare, prius fuerit consulendus, nisi daretur pecunia ad necessarios usus, ut ante dixi. Quales patris pietas pro filio nunquam videtur recusatura: *d. L. Macedoniani, C. eod.* Sin creditor (7) ignoravit, senatusconsultum repetitionem, ut existimo, non impediet. Non quia ignorantia in facto alieno sit probabilis, qua ratione Accursius utitur ad *d. §. quod dicitur.* (nunquam enim sola ignorantia tuetur creditorem, qui scit se filiofamilias credere, nisi voluntas, aut utilitas patris intervenerit in mutuo filii, ut ante

(7) Præsumptio enim est, quod filius utiliter impendat. arg. *L. ult. C. h. t.* Nec igitur probatio creditori injungenda. Diss. Zanger. *d. C.* 10. *n.* 20.

dixi. *d. L. item*, §. *interdum*, in fi.) sed quia creditor non videtur hoc casu excessisse quantitatem, quam pater subministrabat, vel quia etiam videtur voluntate patris fecisse. Non excessit quantitatem; quia pecunia missa filio perinde sit, quasi nec esset missa, cum filius male consumpserit. Quod pro creditore ignoranti benigne interpretari decet. Voluntate patris videtur credidisse; quia ut dominus præponendo magistrum navi, videtur hoc facto permittere omnibus, ut cum magistro contrahant ejus rei nomine, cui magister præpositus est. *L.* 1. §. 1. *D. de exer. act.* Ita pater filium aliquo mittendo, et sumptum ei certum constituendo, videtur omnibus facere potestatem illum juvandi usque ad eam quantitatem, si filius indigeat. Hanc potestatem si revocet postea aut verbis, aut res necessarias filio mittendo, justa ignorantia creditori non nocebit: ut potius hic initium spectemus. *arg. in L. si tantum*, in fin. *D. hoc tit.*.

XXVIII. Illud in commune circa utramque exceptionem superiorem monendi sumus, cum dicimus, pecunia voluntate patris data, aut in rem ejus versa, cessare senatusconsultum: utrobique patrem intelligi debere eum, cujus in potestate est filius. Alterius patris voluntatem aut utilitatem inutilem esse creditori ad exceptionem senatusconsulti evitandam. Et ideo si habet quis filium, et ex eo nepotem in sua potestate; postquam nec isti nepoti mutuam pecuniam ex senatusconsulto dari posse constitit: hoc dicimus ne sic quidem utilem esse hujus mutui dationem, quamvis nepoti jussu patris ejus pecunia data sit, aut versa in rem patris: sed avi cujus in potestate est nepos voluntatem aut utilitatem in hoc mutuo esse necessariam. *L. filium, D. hoc. tit.*

C A P. XXVIII.

Ex persona filii, quæ Macedoniani exceptiones.

Ex persona filii pariter exceptiones duæ et quæ. I.
Prior alibi occupata. II.
Posterior hujus loci propria, et quare. III.
Sui juris factus filiusfamilias debitum agnoscit tribus modis. IV.
1. *Solvendo debitum, aut hujus partem; et quæ utriusque ratio.* V.
2. *Cavendo fidejussione, aut pignoris datione. Quæ in utroque agnitio debiti, et quæ pignoris a solutione partis differentia.* VI. VII.
3. *Creditæ pecuniæ novatione, aut constituto. Quomodo hoc aut illa debitum agnoscatur.* VIII.
An sui juris factus, si per ignorantiam facti fecerit mutui novationem, teneatur, et quatenus in facto errare potuit. IX.
Quid si errore juris novationem fecit. X.
Agnitio debiti a filio facta nec patri, nec fidejussori nocet; et quare agnitioni a patre factæ ratio dissimilis. XI. XII.
Si filius in potestate agnitum debitum ultro solverit; an pater repetat extantes, an consumptos nummos condicat. XIII.
Interest ex quo genere peculii solverit filiusfamilias. Quæ ex utraque pecuniæ conditione diversa ratio, sive effectus. XIV.
Conclusio et summa hujus et superiorum capitum. XV.

I. Ex persona filii cessat senatusconsultum duobus casibus, in quibus totidem senatusconsulti exceptiones ex hac parte ductæ. Uno, si filiusfamilias vice patrisfamilias habeatur. Altero, si sui juris constitutus debitum agnoscat. Vice patrisfamilias habetur miles, et quisquis peculium habet castrense et quasi castrense. Ille in mutuo semper: hic usque ad peculii quasi castrensis quantitatem. *L. ult.* §. *ult. C. hoc tit. L.* 2. *D. eod.*

II. De hac exceptione supra dixi in definitione filiifamilias, quod hujus partis explicatio magis videretur ad eam definitionem pertinere.

III. Altera igitur exceptio est proprie ad mutuum vere filio familias datum pertinens, si is sui juris constitutus debitum agnoscat. Qua ex re non esse locum senatusconsulto diserte scribitur in *d. L.* 2. *C. eod.* Hoc ideo, quia hac agnitione aut nova alia obligatio, aut certe novum mutuum contrahitur, quorum neutri senatusconsultum est impedimento. Nova obligatio est, si filius idem stipulanti creditori promittat, aut se soluturum constituat: illic ex stipulatione: hic ex constituto. §. *de constituta. Instit. de action.* His remotis, quæcumque alia agnitio est debiti, semper saltem novum mutuum contrahetur. Perficitur enim mutuum

duabus his rebus, pecuniæ datione, et consensu in hoc, ut pecunia sit mutua; quorum utrumque inest in hac agnitione. Nam primum hic pecunia filia de integro dari videtur. Si quidem nihil interest, utrum pecunia detur alieni, an quæ apud eum erat, pro data habeatur ab eo cujus fuit, aut esse debuit *L. certi*, §. *ultim. D. si cert. petat. L. qua ratione*. §. *interdum, D. de acquirend. rer. dom.* Accedit deinde hic consensus, ut ea pecunia sit apud filium mutua. Quare mutuum in hac agnitione de integro contrahi intelligitur. Atqui id interponitur eum eo, qui jam sui juris est, non amplius (1) filiumfamilias. Ex quo apparet omnem hanc obligationem agnitione filii per id tempus constitutam senatusconsulto non vetari: ut quo vetetur tantum mutua pecunia dari filiofamilias.

IV. Agnoscere debitum filius intelligitur, cum agnoscit se idem illud mutuum debere et paratum solvere ostendit. Id fit tribus modis; aut debitum solvendo vel totum, vel pro parte; aut aliis accessionibus cavendo; aut in eam ipsam pecuniam se obligando.

V. Solvendo unusquisque debitum agnoscit: idque vi verbi solvendi efficitur. Non est enim solutio, nisi ejus quod debetur. *Institut. quib. mod. tol oblig.* in princ. Et si quidem filius totum solvit, nulla dubitatio est, quin totum agnoscat. Quæ res facit, ut solutum non possit repetere, cessante jam ob debitum agnitum senatusconsulto. Quanquam hic alia ratione et quidem certiore non repetet; quia naturaliter debuit. *d. L. sed si pater*, §. penult. et ultim. *L. quia*, sequ. *hoc. tit.* ut dicendum sit, quanvis forte per errorem solverit, tamen eum non repetiturum. Sed hoc amplius dicimus, etsi filius paterfamilias factus solverit tantum partem debiti, tamen cessare senatusconsultum. Sic verba sunt Ulpiani in *d. L. item*, §. *ult. D. eod.* Quæ sic accipere debemus, ut in totum cesset senatusconsultum, non tantum ad eum usque partem, quæ soluta est, sed etiam in id omne, quod est reliquum, ac necdum solutum est: ut quandocumque creditor id repetet, non denegetur ei actio ex senatusconsulto. Id etsi ex superioribus verbis propemodum satis intelligitur, cum simpliciter dicitur cessare senatusconsultum: tamen multo apertius id ostendit Ulpianus in *L. sed si pater*. Quæ subjicitur, ubi per adversativam ita scribit; *sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit exceptionem senatusconsulti ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.* Hæc adversativa declarat ipsum contrarium sensisse in priore specie adversante, Ea autem fuit, cum filius partem debiti solvit. Unde intelligimus hoc illum dixisse, parte soluta cessare senatusconsultum, non usque ad partem solutum, ut in pignore, sed in totum. Recte. Nam qui se dicit partem debiti solvere, hoc dicit se partem solvere ejus, quod totum debet: quia non est pars, nisi totius.

VI. Aliis accessionibus cavendo agnoscit debitum, qui creditori in pecuniam mutuam dat fidejussores, aut pignora: ex quo est, quod placet ob hujusmodi cautiones cessare senatusconsultum, denegata filio senatusconsulti exceptione. De pignore dato hoc scriptum est in *d. L. sed. si pater*, in princ. Quod multo magis in fidejussorum accessione intelligendum est. Ideo autem fidejussoris aut pignoris datione filius debitum agnoscit, quia hæ accessiones sunt principalis obligationis, et eæ quæ hujus ipsius firmandæ caussa adhibeantur. §. *fidejussor. Institut. de fid. L. res hypothecæ, D. de pignor.* §. *item Serviana, Institut. de action.* Ut dicendum sit, eum qui eas adjicit, hoc ipso testari præcessisse obligationem, et eam quam velit ratam esse. Sed in pignoris datione diligenter notandum est illud, quod supra attigimus, quodque scriptum est in *d. L. sed si pater*, in princ. re a filio pignori data ita videri agnosci debitum, et senatusconsultum cessare, ut cesset dumtaxat usque ad (2) quantitatem pignoris.

VII. Cur ergo hoc in pignoris datione respondetur potius, quam in partis debiti solutione; qua intervenicute diximus in totum cessare senatusconsultum? Nam cum in utraque specie pariter non præstetur totum, quod debetur: qui fit, ut partis solutio potius putetur arguere agnitionem et comprobationem totius debiti, quam pignoris datio? Quia solventis partem, et pignus dantis verba hanc differentia postulant. Observemus enim eum qui partem solvit, hoc adjicere, se solvere patrem debiti, seu ejus quod debet.

(1) Renunciari enim SCto nequit; *vid. supra C.* 25. *N.* 3. Sed an juramentum si accesserit, excluditur SCti exceptio. Variæ sunt sententiæ, vid. Vasq. *Lib.* 3. *de success. creat.* §. 28. *n.* 44. *et n.* 50. *et seqq.* Covar. *in C. quanvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 3. *n.* 6. Fachin. 2. *Contr.* 62. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 13. *n.* 10. *et seqq.*

(2) Fidejussor autem ut in solidum tenetur, nisi in partem acceptus, ita et cum dando solidum agnovisse censetur. Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 19. *n.* 17.

Quibus verbis aperte non illam tantum partem a se debitam esse agnoscit, quam solvit: sed et illud debitum, de quo agitur, cujus partem se nunc solvere profitetur; et quidem totum. Quia natura pars nisi totius, cujus pars sit, intelligi non potest. At qui dicit se pignus dare, dicit simpliciter se dare pro debito, seu pro eo quod debetur, ut est significatio pignoris, tradita in §. *item Serviana, Inst. de act.* Non adjicit pro debito toto, aut pro debito ex parte. Sic fit, ut ex his verbis dubium relinquat, utrum det pro toto debito, an pro parte tantum, et pro qua parte. Nec quominus alterum sumere liceat, verba refragantur. Nam et pro parte aliqua debita datum, semper verum erit pro debitu datum esse. Restat in hac obscuritate, ut quæratur, utrum potius sit sequendum. Et regula juris facit, ut oratio accipienda sit pro debitore, ac minimum deberi intelligatur. *L. semper in stipulationibus. L. semper in obscuris. D. de reg. jur.* Hoc autem minimum in hac datione, ut debitum agnosci intelligatur usque ad id quo datum esse apparet, non amplius.

VIII. In eamdem rem se obligando filius debitum aperte agnoscit, si novationis caussa eamdem pecuniam promittit creditori. Quæ species refertur in *d. L. 2. C. hoc. tit.* Agnitionis hujus argumentum certum in eo, quod non novatur, nisi obligatio præcedens, quam filius agnoscat. *L. 1. D. de novat.* Quod autem inde debetur, id se vella utiliter deberi, eo satis probat, quod in eam rem se stipulatione obstringit: ex qua jure civili actionem esse constat. Sed quod de pecunia novationis caussa promissa dicitur, idem intelligendum est, et si filius sine ulla novatione, aut stipulatione, solo pacto constituat se eam pecuniam quam mutuam acceperat, creditori soluturum. Nam et constitutum non est nisi ejus, quod qui agnoscit ante debitum fuisse, et de pecunia constituta jure prætorio actio est non minus, quam ex stipulatione jure civili. *L. 1. in pr. §. pen. §. ult. D. de per. const. §. de constituta. Inst. de act.*

IX. Sed hac obligatione nova ita tenetur filius, nisi per ignorantiam facti eam pecuniam promiserit, cum scilicet in facto errans putarent se ab initio debuisse, quam non debebat. Tunc enim et si propter promissionem subtilitate juris tenetur: tamen quia aliter obligatus est, quam conveniebat, conventus doli mali, aut in factum exceptione defendetur. Quæ exceptio est *L. ult. D. hoc tit.* pertinentque exceptio ad definitionem generalem de iis qui cum aliter eos obligari oporteret, aliter dolo adversarii, aut errore suo obligati sunt: quæ exstat in *L. si quis cum aliter. 36. D. de verb. obl.* Per ignorantiam facti in proposita specie eamdem pecuniam filius paterfamilias factus promisisse intelligendus est, quod quidem ei prosit, non si dicat se putasse pecuniam sibi datam, quæ data non erat: quoniam hujus rei ignorationem in facto suo prætendere non potest. *L. quanquam. D. ad sen. Vell.* Sed si dicat putasse se esse patremfamilias, cum pecuniam accipiebat, cum vere esset filiusfamilias, nec teneretur ex senatusconsulto. Id autem potest accidere hoc modo. Finge patrem peregre profectum, cujus in potestate erat filius. Nuntiari post constanter nec incertis nunciis, hunc esse mortuum, cum non esset: puta occisum ab hostibus, aut obsidione urbis in qua erat interceptum ibi periisse. Filium in hoc errore tanquam jam sui juris morte patris factum accepisse pecuniam. Si proponas patrem postea in eo itinere mortuum, ac tum filium qui jam vere sui juris erat, eamdem pecuniam expromisisse; palam est id eum fecisse, quod per justam ignorationem mortis patris putaret se ab initio fuisse patremfamilias, eoque et (3) debuisse pecuniam acceptam, quam ex senatusconsulto non debuerat, cum accepisset filiusfamilias. Qua ex re et ei exceptionem propositam esse dicimus.

X. Quid si per errorem juris filius paterfamilias factus promiserit? Ut puta: emancipatus cum esset a patre non rite, atque ita vere filiusfamilias maneret, pecuniam mutuam accepit eo tempore. Deinde mortuo patre eamdem pecuniam expromisit, quod putaret videlicet se ab initio vere (4) debuisse tanquam rite emancipatum. Qui error illi ex imperitia juris nascitur. Etiamne

(3) Exemplum hoc disconvenit. Quia in hac specie semper ab initio firmiter obligatus filiusfamilias ob justam ignorantiam creditoris, vid. *supra* 26. Nec itaque quæstioni de agnitione locus. Certe vix casum dari posse puto, quo ignorantia status ipsi filiofamilias probabilis et justa, creditori justa non sit, et per consequens SC. deficiat. Ideoque ignorantiam facti in *d. L. ult.* non ad potestatem patriam refero, sed ita accipio si errore ductus putaverit se ex alia caussa, illo tempore quo non habebatur tantum, sed et erat sui juris, accepisse et obligatum teneri.

(4) Dissent. noster, et rectius, *Lib.* 1. *Comm. C.* 21. *N.* 19. vid. supr. *Lib.* 1. *C.* 18. *et seqq. conjunct. N.* 3.

huic convento exceptionem eamdem dabimus? nam de eo tantum, qui ignorantiam facti expromisit, loquitur Pomponius in *d. L. ult. D. hoc tit.* Accursius ibidem et in eo, qui per errorem juris promisit, idem admittit. Quod et verum puto. Certi enim juris est, errorem juris in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere. *L. error, D. de jur. et fac. ignor.* Tale autem damnum est, de quo hic agitur. Nam cum filius nondum pecuniam solverit, non eam repetit tanquam amissam; sed cum habeat, petitur ab eo, ut solvat, idest ut solvendo amittat, in quod damnum ne incidat, laborat.

XI. Et hactenus agnitio filii est. Sed cum dicamus post hanc agnitionem cessare senatusconsultum Macedonianum, et denegari senatusconsulti exceptionem. *L. 2. C. eod. L. sed si pater, D. eod.* Quando generaliter hoc dicitur, diligenter monendi sumus, non sic esse accipiendum, quasi cesset adversus omnes, seu quasi denegetur senatusconsulti exceptio omnibus, quibus ante eam agnitionem competere cœperat. Denique longe dissimilem esse effectum hujus agnitionis filii ad confirmandam mutui obligationem, ab effectu agnitionis patris, qui mutuum filio datum postea agnoscens ratum habuit. In quo tamen rursum facile fuit falli vel propter agnitionis similitudinem. Sic ergo habendum est. Pater mutuum filio datum ratum habendo, atque ita agnoscendo, confirmat mutuum in omnes, adversus quos jure civili actio esse potuisset, si non impediret senatusconsultum: ut jam non teneatur ipse tantum pater, qui mutuum comprobavit; sed etiam filius, qui prius exceptionem habuit, et præterea ejus obligationis accessiones omnes, ut fidejussores, et mandatores. Nusquam hoc diserte traditum legimus. Sed satis intelligitur ex eo, quod constitutum est jure de ratihabitione patris in hoc genere. Jus ita est, ratihabitionem hanc retrotrahi, et mandato comparari. *L. ult. C. hoc tit.* Atqui si patris mandatu et voluntate initio mutuum datum sit filiofamilias, constat in totum cessare senatusconsultum, et in totum consistere ejus mutui obligationem. *L. item, §. interdum,* illic, *quanquam D. eod.* Quare et in ratihabitione patris idem jus a veteribus superiore illa definitione admissum est. Dissimilis est agnitio filii. Hic sui juris constitutus mutuum agnoscendo facit quidem, ut cesset senatusconsultum: sed adversus se dumtaxat. Cæteris ejus agnitio non nocet, ut patri, et fidejussoribus. Constat bis jam ab initio quæsitam esse exceptionem senatusconsulti, cum filiofamilias mutua pecunia data est, ignorante patre. Hanc exceptionem nullo consensu aut facto suo adimere potuit filius patri. *L. filius. C. de pact.* debitor fidejussori. *L. ult. D. de pact.* Et generaliter nemo alterius conditionem potest facere deteriorem. *L. solvendo. D. de pact.*

XII. Quo loco merito quæretur, cur potius agnitio patris noceat aliis ejusdem pecuniæ filiofamilias creditæ reis, quam agnitio filii: cum pariter in utriusque agnitione insit comprobatio mutui, et velut ratihabitio quædam: traditum sit autem ratihabitionem mandato comparari ex æquo in caussis omnibus. *L. ult. C. eod.* Sed differentiæ ratio non est admodum obscura. Nam ut mutuum filiofamilias datum consistat in omnes ex senatusconsulto, duorum consensu opus est, filii et patris. Et hic consensus intervenit, cum pater mutuum filio datum postea ratum habet. Prius enim filius mutuum accepit consensu. Accedit deinde consensus patris, cum is ratum habet: et hic quidem ita, quasi ab initio mutui intervenisset. Quo fit, ut rebus ad hanc obligationem necessariis post agnitionem patris concurrentibus, jure in totum mutui obligatio consistat. Nec metuemus, ne hoc casu exceptio senatusconsulti filio aut ejus fidejussoribus quæsita videatur his adimi agnitione patris. Nam hujus ratihabitio retrotracta ad initium mutui facit, ut nec videatur his ab initio exceptio quæsita. Non enim quæsita esset, si ab initio res gesta esset voluntate patris, ut ante dixi. Hoc contra fit, cum filius sui juris factus agnoscit debitum solus. Apparet enim patrem nec consensisse antea unquam, nec nunc consentire. Quæ res facit, ut non latius consistat mutuum, quam ut agnoscenti noceat, cæteris non noceat, qui non consenserunt. Neque hoc alia re magis confirmatur, quam ea definitione qua traditur, ratihabitionem mandato comparari. Ut enim concederemus agnitionem filii esse ratihabitionem, et cum initio mutuum accipit, videri ejus mandatu fieri; tamen hoc ipso efficeretur, mutuum adversus patrem non confirmari: quia nec voluntate et mandato filii initio interveniente ita constitueretur mutuum, ut pater ignorans teneretur.

XIII. Sed quæcunque ista vis est agnitionis filii saltem adversus filium, animadverti oportet, hanc statui nominatim in eo filio, qui sui juris constitutus debitum agnovit. *d. L. 2. C. eod.* Quid ergo, si filius cum adhuc esset in potestate idem fecerit? Apparet

hoc ilici inutilem esse agnitionem. Et vero id verbis et sententia senatusconsulti non obscure efficitur. Verbis; quia filius debitum agnoscendo, novum quodammodo mutuum contrahit, ut diximus, hoc autem cum filiofamilias contrahi vetant senatusconsulti verba. Sententia senatusconsulti, quia etsi re ipsa hic mutua pecunia non dari intelligeretur agnoscenti: tamen saltem confirmaretur mutuum cum filiofamilias, quod senatus valere non vult. Ita agnitio esset in fraudem senatusconsulti. *L. contra, L. fraus, D. de leg.* Utrumvis autem horum fiat, pariter jure improbatur. *L. non dubium, C. de legib.* Quid, si illius ultro solverit? Ipse quidem non repetet, ut qui naturaliter fuerit obligatus. *d. L. sed si pater*, §. pen. et ult. *L. quia, seq. D. hoc tit.* Sed an poterit pater repetere, vel ut vindicet nummos exstantes a filio solutos, vel ut condicat consumptos?

XIV. De quo paulo obscurius scriptum est a veteribus. Sic autem res explicanda est. Certa sunt genera eorum peculiorum, quæ in totum acquisitionem patris effugiunt. Cujus generis sunt castrense, quasi castrense, et interdum adventicium: illis casibus videlicet, quibus placet ejus peculii nec usumfructum acquiri patri. De quibus dictum est suo loco. Hæc ut pleno jure sunt filiifamilias, ita et liberam eorum administrationem habeat. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. L. 2. L. 3. C. de castr. pecul. Lib. 12. §. 1. Inst. quib. non est perm. fac. test.* Quæ res facit, ut nummis ex hoc genere peculiorum a filiofamilias solutis, quia in hos nihil juris habet, nulla etiam sit illi eo nomine aut vindicatio tanquam de re sua, aut tanquam de re a se profecta conditio. In eadem caussa est pecunia filio donata in hoc, ut eam solveret creditori: tanquam quæ magis profecta sit a donatore, quam a patre aut a filio. *d. L. sed si pater*, §. 1. *hoc tit.* Reliqua pecunia filiifamilias tam profecticia quam adventicia omnis est patris. De profecticia constat. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Adventiciorum quidem ususfructus tantum datus patri novo jure. *Ibidem.* Sed et hac re maxime efficitur, solum patrem pecuniæ peculiaris quanvis obvenerit aliunde, esse dominum. Sic enim est ususfructus pecuniæ numeratæ, et cæterarum rerum, quæ usu consumuntur, ut propter usumfructum earum proprietas transferatur in fructuarium, ut diximus suo loco, et est in *L. si vini, D. de us. ear. rer. quæ usu consum.* Proinde quidquid juris est domino ad rem suam a possessore repetendam, id ipsum et ad nummos hujus generis repetendos tribuemus patri. Si quid aliorum dominorum non est, id nec patris esse intelligemus. Hac de caussa quod aliorum omnium dominorum commune est, pater idemque dominus nummos a filiofamilias solutos extantes vindicabit. *L. 3. in fin. pr. D. hoc tit. L. in rem. D. de rei vind. L. actionum, D. de oblig. et act.* Consumptos etiam condicet, si condicat tanquam furtivos puta ab eo creditore qui sciverit nummos esse patris. In quam rem est condictio furtiva. §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex del.* Quod si creditor bona fide nummos acceperit, tanquam qui essent peculii castrensis, aut quasi castrensis aut donati filio ea lege, ut sibi solverentur: nihil hic cum patre gestum est, unde illi nascatur eorum nummorum alia condictio. Nam alia si qua hic esse potest, una est condictio indebiti tanquam de nummis, qui indebiti soluti sint a filio. At hi naturaliter debiti fuerint. De condictione furtiva, quæ ex omni eventu, id est nummis etiam exstantibus competit, cum loquerentur Julianus et Ulpianus in *d. L. sed si pater*, §. 1. merito hanc etiam de consumptis patri competere dixerunt. De posteriore, id est de condictione indebiti eum sentiret Marcellus in *L. si filiusfamilias, D. si cert. pet.* recte hanc quoque patri in hac re competere negavit; ubi de hac distinctione dixi pluribus.

XV. Ergo ex persona filii, quatenus tanquam filiusfamilias pecuniam accepit, vere dixerimus unam esse hanc caussam, cur cesset senatusconsultum, et quidem adversus ipsum filium dumtaxat, si is paterfamilias factus debitum agnoverit. Dubitari tamen potest hoc loco, si numeratio filiofamilias sit utilis, idque aperte constet, num satis sit caussæ ex persona ejus, cur ei denegari debeat senatusconsulti exceptio. Quid enim, si acceptam pecuniam creditoribus suis solvit? quid, si nummi adhuc extent in peculio filii? Sed jam de unoquoque horum dixi suis locis, prout rei occasio postulare videbatur, quod hic semel in universum dicendum est: placere nullam harum aut similium caussarum efficere, ut creditori detur actio. Hinc intelligi superiore caussa una excepta ex persona filii, in totum ex persona ejus cessare senatusconsultum. Quibus omnibus caussis exceptionum superiorum cognitis, si paucis sententiam senatusconsulti complecti volemus, summa hæc erit; si creditor sciverit, aut scire potuerit filiumfamilias esse eum, cui pecu-

niam credidit, quatenus nihil ejus voluntate patris gestum aut in rem ejus versum erit, creditori eo nomine neque in filiumfamilias, neque in patrem actionem dari. In filium sui juris factum actionem esse posse, ac re vera fore, si tum cum jam sui juris esset, debitum agnoverit.

C A P. XXIX.

De intercessionibus fœminarum: seu de senatusconsulto Vellejano. Ac primum quid vetet senatusconsultum de hoc genere: Et quæ interdicendi caussa. Quæ sint officia virilia et civilia, a quibus fœminæ remotæ esse dicuntur. Quid intercedere pro alio, et quam varie hoc modo intercedatur. Tum de uxoris contractibus cum marito, aut pro marito initis.

Quod Macedonianum S. C. filiisfamilias; Hoc idem mulieribus Vellejanum. I.
Tria Vellejani, uti et Macedoniani summa Capita. II.
1. *Vetitum, ne mulieres intercedant. Prohibitionis ratio explicatur.* III.
Intercedere quid sit; duplex intercessionis modus, et qui. Uterque S. C. continetur; et quomodo. IV.
Res suas obligat mulier nuda conventione dumtaxat; pro alio seipsam tribus modis. V.
1. *Novatione. Quid hæc.* VI.
2. *Alienæ obligationi accedendo. Quatuor istius obligationis modi singuli obiter explicati.* VII.
3. *Cum sola se ream constituit pro alio, quem obligari oportebat. Hæc obligatio quomodo ad intercessionem pertineat.* VIII.
Ulpianus in L. 2. D. ad Sen. C. Vellejan. §. omnis illustratur. IX.
Methodus, et propositum Auctoris. In omni intercessione duo insse. X.
1. *Rerum suarum, aut personæ mulieris obligationem.* XI.
Ideo nec solutionem mulieris pro alio; nec aliud, quod vicem solutionis teneat; nec pignoris remissionem a muliere factam Vellejano prohiberi; et quare. XII. XIII. XIV.
2. *Mulieris obligationem pro alio.* XV.
Nec itaque S. C. juvari, cum specietenus alienam, sed suam revera suscipit obligationem. Tria id genus explicantur exempla. XVI.
Contra omnino, si mulier vel cum fraude S. C. suam, sed revera suscepit alienam; et quomodo. XVII.
Nihil interesse, si etiam pro patre, filio, aut marito intercesserit. XVIII.
Quid novi a Justiniano in intercessione mulieris pro marito constitutum. XIX.
De authenticæ si qua mulier, Cod. ad S. C. Vellejan. *interpretatione.* XX.

I. Quod filiisfamilias datum est in pecunia credita, hoc mulieribus datum est in intercessionibus, ne et hæ eo nomine teneantur. Prius effectum senatusconsulto Macedoniano, posterius (1) Vellejano, de quo sequitur, ut dicamus. Sic enim et hujus sententia cognita, efficiet, ut qualis sit mulierum obligatio, intelligatur. Exstat senatusconsultum in *Lib. secundo D. ad senatuscon. Vellejan.*

II. Habet autem ejus sententia easdem illas partes tres, quas superius Macedonianum. Nam primum vetat ne mulieres intercedant. Secundo loco, si contra factum sit, auxilium tribuit adversus intercessionem. Postremo intellectum est ex sententia, ne huic quidem auxilio semper locum esse in intercessionibus mulierum. Ut hujus senatusconsulti tractatio et cognitio contineatur iisdem illis capitibus; prohibitione in-

(1) Cui a Vellrio consule nomen est, per d. L. 2. §. 1. ubi male Catellian. Cotta *in Memoral. v: Annona* ad voculam *Consules*, adjicit vocem *ad* vel *apud*, quasi Silanus et Vellejus non Cons. fuerint, sed ad Consules hanc rem proposuerint. Nec etiam est caussæ, cur Hotom. 1. *Observ.* 14. Briss. *Lib.* 2. *Formul.* ibidem ejecta voce *consuluerunt*, subrogent vocem *censuerunt*. Est enim vero *consulere*, mediæ significationis. Ac licet qui proponebant factum, de quo jus constitui deberet, consulere dicebantur, nec minus tamen et qui censebant.

Virgil.

Consulite in medium, et rebus succurrite fessis.

Quin notationi vocis convenit magis v. *consulere* quam *censere*.

tercessionis; auxiliu senatusconsulti adversus intercessionem: et hujus auxilii exceptionibus. De quibus dicemus ordine.

III. Primum ergo senatusconsultum Vellejanum vetat, ne (2) mulieres pro aliis intercedant. *d. L.* 2. *D. eod.* Unde factum, ut veteribus hoc senatusconsultum dicatur senatusconsultum de intercessionibus, seu senatusconsultum de intercessionibus fœminarum. Quod simpliciter ita dicunt, dum notari volunt Vellejanum: quia scilicet eo senatusconsulto cautum est de intercessionibus mulierum. Sic est circumlocutio hujus senatusconsulti in *L. qui exceptionem. D. de cond. ind. L.* 2. *L. quamvis, L. si adversarius, C. ad Vell.* Prohibendi ratio expressa senatusconsulto his verbis: *cum fœminas virilibus officis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum.* Sed cur non æquum? Æquitatis ratio ex conditione sexus; quia ejus sexus magna infirmitas est, et facilitas, quibus fit, ut mulieres opportunæ sint aliorum insidiis, et multis casibus suppositæ et objectæ: ratio Ulpiani in *ead. L.* 2. §. 1. *D. eod.* Virilia officia hic dicuntur, quæ in eadem re civilia in *L.* 1. *D. eod.* Civile et virile officium in usu juris dicitur a veteribus omnis pertractatio vel publica vel privata rerum ad alios pertinentium: vel omnis opera, quæ in rebus et negotiis alienis cognoscendis, tractandive ponitur. Cujus generis hæc sunt quinque, judicem esse, magistratum gerere, pro alio postulare, alterius procurationem in judicio suscipere, intercedere pro aliis. A quibus omnibus ideo remotas esse fœminas traditur in (3) *L. fœminæ, D. de reg. jur.* sed omnium æquissime ab intercessionibus et interventionibus, ut Paulus explicat in *d. L.* 1. Nam si cætera, inquit, adempta sunt fœminis, cum tamen in his sola opera versetur: multo magis eis adimendum fuit id officium, in quo præter operam et ministerium accedit periculum rei familiaris. Dicuntur autem hæc officia virilia, quia virorum sunt propria, seu quia solis viris conveniunt. Civilia, quia sunt ejusmodi, quæ cives inter se aliorum caussa agitare soleant.

IV. Sed redeo ad prohibitionem. Vetat igitur Vellejanum ob supra scriptas caussas, ne mulieres pro aliis intercedant. Intercedere est id, quod aliis verbis senatusconsulto exprimitur, pro aliis se reum facere. Id fit genere ipso dupliciter; aut se ipsum obligando, aut obligando res suas pignori pro alio. Quæ se pro alio obligat, nulla dubitatio est, quin intercedat; pertinetque ad prohibitionem simul et auxilium senatusconsulti. Ea est enim, quæ proprie suscipit alienam obligationem. Quod quæ facit, procul dubio est hanc intercedere. *L.* 2. §. *ult. L. quamvis*, §. 1. *D. eod.* De pignoris datione potuit dubitari: quoniam qui obligat res suas pignori, non se aut personam suam obligat, sed tantum res ipsas, ut si casu eas non possidebit, nullo modo actione hypothecaria teneatur. *L.* 2. *C. si unus ex plur. her. cred.* Senatusconsultum autem intercedere interpretatur se reum pro alio facere. Quod nihil aliud esse videtur, quam se pro alio debitorem constituere. Sed placuit non minus et eam intercedere videri, quæ pro alio debitore res suas obliget pignori. Idque est quod veteres dixerunt, etiam pignoris dationem intercessionem facere. *L. quamvis*, in princ. *D. eod.* Quod eo pertinet, ut intelligamus non minus et hanc prohiberi senatusconsulto Vellejano, appellatione intercessionis, nec minus in ea juvari mulierum senatusconsul-

(2) Omnes *d. L.* 2. §. 1. Ergo et virgines ec incorruptæ (quas signatas vocat Nonius. Gruter 3. *Suspic.* 9.) Quo pertinet *L. mulieris* 13. *de Verb. Sign.* Sexum enim, non sexus qualitatem removit Senatus ab intercessionibus, fragilitatem spectans consilii. Quin major ratio pro virginibus ne virilia negotia tractent. Ideo autem viripotentum mentio, in *d. L.* 13. quia impuberes puellæ ob ætatis imperfectionem removentur, ita Gœdd. in *d. L.* 13. *princ. n.* 4. 5. *et* 6. Nec rarum est ut virgo mulier vocetur *L.* 14. §. 7 *de æd. ed. L.* 25. §. 9. *de auro et argen. leg. L.* 81. §. 1. *de leg.* 3.

Sic Virgil. Lib. 11. Æneid.

Advenit qui vestra dies muliebribus *armis*
(Camillæ virginis intelligit)
Verba redargueret ....

Quin et, quod magis mirum, nuptam vel corruptam, virginem vocari legimus. Locos proferunt Gœd. *d. loc. n.* 6. Valent. Guil. Forst. 1. *Obs. succis. c.* 15. Quibus adde Augustin. *C. si virgo* 3. *Cap.* 34. *Q.* 1. et Terent. *in Eunuch. Act.* 4. *Scen.* 3. *et Act.* 5. *Sc.* 1. utrobique de Pamphila: *Virgo lacrymat. et Act.* 5. *Sc.* 2: bis idipsum *Virgo.* Adeat, cui lubet, Connan. 7. *Comm.* 6. *n.* 5. Brechæ. et Forner. *ad d. L.* 13. *de Verb. Sign.* Forcat. *Dial.* 21. *n.* 4. Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 16.

(3) Ubi tamen voculam *intervenire*, non ad intercessionem hoc Sc. veritam, ut Ræver. *ibid.* sed ad defensionem quæ fit in judicio, sine mandato, refert P. Fab. *in d. L.* 2. Quo faciunt seqq. *nec procuratores existere*, quod intelligendum in judicio, non extra judicium. *L.* 3. *de neg. gest.* Majus autem hic damni periculum, quam in cognitoria vel procuratoria opera, ubi nudum ministerium impenditur. Horteus. *ad L.* 1. *h. t.*

to. Neque senatusconsulti verba refragantur. Reus enim non debitorem solum significat, sed omnem, cum quo agi potest. *L.* 3. *D. de jurejur.* Itaque et is, cum quo agi potest in rem reus est. At huic actioni se subjicit, quæ res suas pignori obligat quanvis non obligata. Facit enim, ut dum res pignoratas possidebit, aut dolo fecerit, quominus possideret, semper conveniri possit hypothecaria actione in rem, quæ ex pignoris conventione nascitur. §. *item Serviana, Inst. de act. L. pignoris, D. de pign.* Quare et quæ res suas pignori obligat pro alio, ea se pro alio ream facit, et quia facit etiam interprete senatusconsulto, intercedere intelligitur. Seb etsi ream debitricem intelligeremus, seu eam quæ aliquod præstare deberet: tamen et reæ verbum ei quæ pignus dedisset recte conveniret. Non obligat se recta, quæ pignus dedit. At se obligat per consequentiam, ut tantumdem præstet. Rebus enim pignori datis aut cogetur eas amittere, aut pignus luere, idest pecuniam solvere creditoris, pignoris liberandi caussa. Ex quo illi eadem necessitas est præstationis. Quocirca et hac ratione, quæ pignus dat pro alio, ut se ream facit, ita intercedit. Quia tamen non continuo id intelligitur, sed ratione effectum est a veteribus, ideo recte dictum est in *L.* 4. *C. eod.* senatusconsultum Vellejanum admissum esse in obligationibus rerum earum, intellige mulierum, de quibus eo rescripto agebatur. Admitti dicitur, quod post nonnullas dubitationes tandem pluribus sententiis vincentibus, obtinet.

V. Obligat mulier res suas uno modo, quo eodem et pignus omne contrahitur, nempe conventione nuda, etsi res tradita non sit. *L.* 1. *D. de pign. act.* Se autem obligat pro alio tribus (4) modis, qui indicantur in *L.* 4. *C. hoc tit.* aut alienam obligationem in se transferendo, aut alienam participando; aut cum alius obligari deberet, solam se ream pro constituendo: quæ totidem species sunt, in quibus intercessionem inesse, eoque et rem ad senatusconsulti auxilium pertinere intelligimus.

VI. Alienam obligationem in se transfert, quæ novationis caussa id promittit, quod prior debitor debuit. Quo facto et ille liberatur, et nova obligatio confertur in solam mulierem. Est enim novatio, prioris obligationis in aliam transfusio. *L.* 1. *D. de novat.*

VII. Participat alienam obligationem, quæ vetere debitore manente obligato, se ejus obligationem ream adjungit: vel, cum eamdem obligationem una in se suscipit, quo verbo utitur. *L.* 1. *C. eod.* Id autem fit quatuor modis: fidejubendo, mandando, constituendo, defensionem debitoris suscipiendo. Qui fidejubet pro alio, is obligatur jure civili, eaque obligatio non tollit principalem obligationem, sed ei accedit. *Inst. de fidejus.* in princ. et §. *fidejussores.* Mandando se pro alio obligat mulier, cum mandat alicui, ut pecuniam credat debitori futuro, vel ut cum eo aliquid gerat, quo is obligetur; ubi et debitor obligatur creditori, et mulier eidem creditori mandati: ut sunt exempla in *L.* 2. vers. *aliena*, *L.* 6. §. *si tibi, D. mand.* Constituendo pro alio se soluturam mulier similiter se obligat jure prætorio, eaque etiam principalis obligationis accessio est. §. *de constituta Inst. de act.* Ideo et tres hæ species accessoriarum obligationum inter se comparantur in *L. ult. C. de const. pec.* Defensionem pro alio suscipiendo mulier aperte alienam obligationem in se suscipit, cum et judicatum solvi satisdatione se obstringat. *L. qui proprio,* §. *qui alium, D. de proc.* et sine satisdatione obligetur judicati, quia judicato contrahitur.

(4) Duaren. *h. t. C.* 2. Belle Cujac. 4. *ad African. in L.* 19. *h. t.* Intercedere est recipere alienam obligationem, veterem aut novam. *L.* 8. §. 1. *d. L.* 6. *C. h.* Veterem, participando, al fidejubeat, mandet, constituat, pignori det: aut eam in se transferendo. *L.* 4. *C. h.* si expromittat ubi fit novatio, si defendat, nam et hoc casu quasi novatio fit *L.* 2. *C. de pact.* Novam, id est quam alius subiturus erat, si cum alius mutuum accepturus, interposita sit mulier, quæ acciperet. Hinc Senatus notat duas species intercessionis: Fidejussiones et Mutui dationes, *d. L.* 2. §. 5. Ubi non est quod Hot. 1. *Obs.* 15. *in fi. et* 4. *Obs.* 15. *et in Epitomat. D. h. t. n.* 9. exsibilatis vocibus *mutui dationes*, substituat *mutuationes*, quia inquit, non credendo, sed accipiendo pro alio, sive ut vulgo, non activa, sed passiva obligatione mulier intercedit. Mutuatio est debitoris, mutui datio creditoris. Hinc *mutuandi* verbum in *L.* 19. *pr. et* §. *ult. L.* 19. §. *ult. h. t.* §. Sed bene est si et mutui datio ad debitoram referri potest, uti refertur in *L. civitas* 27. *de reb. cred.* Quin etsi non possit, salva vulgaris lectio. Nec enim Senatus vocat mutui dationes fœminarum, sed *quibus intercesserint fœminæ.* Intercedit autem fœmina dationi creditoris, non acceptioni debitoris futuri, cui postea eam dat pecuniam. Concinnior itaque recepta lectio correcta. Sed nec probabilius Hortens. *in d. L.* 2. interjectis et transpositis vocibus legit, *quibus alius modis,* pro *aliis etc.*

L. 3. §. *idem scribit. D. de pecul.* Ideo et hanc proculdubio intercedere traditur in *L.* 2. §. *ult. D. hoc tit.*

VIII. Cum alius obligari deberet, mulier sola se ream constituit: veluti, cum creditor alieni petenti pecuniam, cui non satis fidit, adhibet mulierem, cui credat, ut sic deinde pecunia ad illum perveniat. Ubi apparet mulierem solam re obligari: illum alterum, qui nihil accepit a creditore, non obligari. Placet nihilominus hic mulierem intercedere, et locum esse (5) senatusconsulto. *L.* 4. *L. si adversarius. C. eod. L. quaeris.* §. *pen. D. eod.* Merito. Obligat enim se pro alio, non quidem obligato, sed quem obligari conveniebat, ut ad quem solum rediret ejus contractus utilitas, cujus etiam nomine res gerebatur.

IX. His modis se pro alio obligandi cognitis, quas easdem intercessionis verbo contineri dicimus, intelligi jam potest, quid sit, quod Ulpianus scribit in *L.* 2. §. *ult. D. eod.* omnem omnino obligationem senatusconsulto Vellejano comprehendi, *sive verbis, sive re, sive alio contractu mulieres intercesserint.* Intercedit verbis mulier per stipulationem, cum novationis caussa obligationem in se transfert. Item cum fidejubet: item cum satisdat judicatum solvi, ut suis locis dicetur. Re intercedit, cum accipit pecuniam pro alio, sciente creditore. Sed et cum judicium alieno nomine suscipit; ubi judicati contrahitur obligatio, quam ex re nasci suo loco diximus. Alio contractu intercedit, cum se pro alio obligat solo consensu: quod fit, cum mandat pecuniam alii credi, aut quod alius debet, constituit se soluturam. Nam et mandatum, et constitutae pecuniae obligatio solo consensu contrahitur. *L.* 1. *D. mand.* §. *de constituta, Inst. de act.*

X. Atque hoc intercedere est. Nunc de vi definitionis, quod valeat ad rationem juris cognoscendam, videamus. Et definitio hoc efficit, ut in quo facto ea concurrunt, quae superiore definitione complexi sumus, id senatusconsulto improbetur. In quo autem quid eorum deest, non improbetur. Quocirca pertinet ad utriusque partis cognitionem recte statui, quas res exigat superior definitio ad intercessionem. Licet autem animadvertere duas exigere: unam, ut mulier vel se, vel res suas obliget: alteram, ut obliget pro alio. Sit ergo hoc jam constitutum, ubi hæc sunt, locum esse Vellejano propter intercessionem. Si quid eorum desit, sublata intercessione cessare senatusconsultum. Id unaquaque harum partium separatim posita, facilius intelligetur.

XI. Primum igitur exigimus, ut se mulier obliget, aut res suas. Hinc efficitur, quidquid mulier gerat, faciat cum alio, quidquid pro alio impendit de suo, si se aut res suas non obliget, Vellejano non infirmari; quia se aut res suas non obligans non intercedat. Hujusmodi facta genere sunt duo; quæ ob id ut intercessionem non habentia, eoque nec prohibita senatusconsultu, placet ad senatusconsulti auxilium non pertinere: solutio mulieris pro alio, et pignus a muliere remissum debitori.

XII. De solutione mulieris ita placuit: mulier pro alio se obligare prohibetur: pro alio solvere usque adeo non prohibetur, ut si solverit, cum quidem pro debitore prius non esset obligata, nullum sit (6) auxilium senatusconsulti ad repetitionem. Scilicet, quia non intercedit, quæ solvendo se non obligat. *L.* 4. *D. hoc tit. L.* 1. *L.* 4. in fin. *C. eod.* Potuit tamen prima ratione videri hoc absurde constitutum a veteribus, et contra mentem senatusconsulti. Esto enim, non intercedat mulier, quæ solvit pro alio, eoque et verbis senatusconsulti non contineantur: attamen erat æquissimum, idque ratio et mens senatusconsulti exigere videbatur, ut cui obligatæ tanquam læsæ succurritur, ei multo magis, cum jam solvit,

(5) Quod non contra sententiam tantum SCti, cui sic fraus fieret, ut Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 986. Sed imo contra verba, vid. *N. praeced.* Sed hoc ita, si revera is pro quo se ream constituit cum illo altero contracturus *d. L.* 8. §. 14. Non si ab alio mutuum accipiat, idque deinde alteri det. Vid. *L.* 4. *L.* 10. *C. h. t.* Non si *juxta fidem veri*, accipiat, quam convertit in usum mariti *L.* 13. *C. h. t.* ubi Hotom. 6. *Obs.* 2. pro *licet* reponit, *nisi*, ajentia negantibus commutans, quia sub specie muliebris nominis intercessio occultari videatur. Male. Verba enim legis de eo qui *juxta fidem veri* dedit. Ac licet sciverit mulierem nummos in rem mariti versuros, non tamen eo fine dedit ut verteret.

(6) *L.* 8. §. 5. *h. t.* Objicit Goth. *ad d. L.* 4. *C. h. L. ult.* §. 2. *D. h. t.* Horteus. *ibid.* verba *et tradidit*, irreptitia censet, quia, inquit, tradendo tantum pro viro solvisset. Quomodo quæso, cum vir nec fuerit obligatus, quippe qui non vendiderit. Nec condictio adjecta eum obligare potuit *L.* 83. *pr. de V. O.* Vera autem ibi intercessio, quia mulier obligationem in se suscepit vendendo; quæ non perempta est traditione, cum adhuc emptor teneatur de evictione. Id autem actum fuit ut commodum contractus marito quæreretur.

et pecunia certo ei abest, debeat succurri. Convenit enim ubi majus damnum et periculum intenditur, ibi magis subveniendum esse. *L.* 1. §. *sed si quis, D. de Carb. ed.* Majus autem et certius damnum in solvendo pro alio, quam in se obligando: cum ei quæ solvit, statim pecunia absit: ei autem quæ se tantum obligat, fieri possit, ut nunquam absit pecunia, quia scilicet debitor solvet postea, ut se, et mulierem simul liberet. Et esset ita omnino, ut cui pro alio obligatæ succuritur, dicendum esset ei pro alio solventi multo magis succurri debere: essetque id omnino ex mente senatusconsulti, quia ex ratione. Arg. *L. illud. D. ad leg. Aquil.* si quidem prohibendo intercessionem mulierum propositum esset senatusconsulto, ne mulieres damno afficerentur. Fatendum enim esset, quod supra dixi, ubi majus damnum versaretur, ibi multo magis fuisse succurendum. Nunc autem senatusconsulti consilium est in hac re consulere infirmitati sexus, qua facile indui possunt fœminæ, ut se pro alio obligent. Tolle hanc facilitatem aliquid per infirmitatem faciendi in re aliqua, in qua nec mulier se obliget. Cessabunt et verba et mens senatusconsulti, ne id factum improbetur. Atqui hæc facilitas metuitur, cum mulier, se pro alio obiigat. In solvendo aut donando pro alio non metuitur. Facile mulier se obligabit pro alio, dum tunc nihil præstat de suo; existimans videlicet fore, ut nec præstet postea, persuasa a debitore, qui se diceret paulo post certe soluturum ita, ut nihil inde esset damni aut periculi mulieri metuendum. Ac multæ sunt artes, quibus adducatur mulier, ut credat debitorem esse locupletem, et virum bonum, quique nollet mentiri. At ubi præsens damnum est, ut mulieri jam expedienda sit pecunia in præsentia: hic non est metuendum, ne ea per infirmitatem donet aut dependat de suo. Conjectura ducta ex affectu omnium hominum: quos ita constitutos esse constat, ut nemo facile jactet suum. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* Augeturque hæc voluntas in (7) mulieribus ex conditione sexus. Quominus enim fœminæ habere se aut posse putant, eo magis cavent, ut quod habent, retineant. Hoc voluit Ulpianus in *d. L.* 4. *D. eod.* cum superiori objectioni velut occurrens in hac specie, ait senatum *obligatæ mulieri* succurrere voluisse, *non donanti; et hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.* Non negat majus damnum esse in donando: sed negat hoc damnum spectandum in senatusconsulto, quia senatus facilitati mulierum succurrere voluerit, non damno. Hanc autem facilitatem subesse ait ad se obligandum, non ad donandum. Quod cujusmodi esset, quia brevius dictum erat, nec satis intelligebatur, quo specteret, quamve rationem haberet, ideo plenius explicare operæ pretium putavi.

XIII. Solutione mulieris recepta pro alio; consequens fuit, ut reciperetur quidquid mulier liberandi debitoris caussa fecerit, quod solutionis, non obligationis vim haberet: puta, si solverit aliud pro alio; si debitorem suum (8) delegaverit creditori alieno. *L. nec interest.* 5. *D. hoc tit.* Aliud pro alio volenti creditori recte solvitur. *L. manifesti, C. de solut* Solvit et creditori is, qui reum delegat. *L. quanvis*, §. *interdum*, *D. hoc tit.* Cum enim delegatus solvit nostro nomine, perinde est, quasi ipsi solvissemus. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. Sed etsi is solvendo non sit, tamen delegato eo nobis abesse pecunia videtur: quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum, ut est in *L. inter*, §. *abesse. D. mand.* Sed hæc omnia, ut dixi, ita sunt, si pro alio solverit mulier, cum prius obligata non esset, quæ conditio nominatim adjicitur in *d. L.* 1. *C. hoc tit.* Nam, ut hoc explicatur in *L. quanvis*, *C. eod.* si præcedente obligatione, quam senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus senatusconsulti beneficio munitam se ignorans; locum habet repetitio. De quo postea in auxilio hujus senatusconsulti.

XIV. In eadem caussa cum solutione est pignoris remissio. Quanvis mulier rem suam, aut sibi ab alio oppignoratam alii creditori pro ejus debitore pignori dare non possit: tamen pignus a debitore suo acceptum utiliter ei (9) remittit ipsius caussa, quo pecu-

(7) Rarum dicitur *L.* 16. *in fin. Cod. de don. ante nupt.* et contra sexus naturam *L.* 33. §. 1. *de don. in vir.* ut fœminæ donent, cum sint avaræ, de quo vid. Tiraq. *L. Connub.* 9. *n.* 43. *et* 3. *seqq.* Hieron. Pauschman. *Lib.* 2. *Q.* 5. *n.* 25.

(8) Si delegaverit debitorem suum creditori meo. Quod si delegaverit non debitorem quasi debitor esset, quia obligatur mandati, in eo distinctio est, de qua Cujac. 4. *ad Afr. in L.* 19. §. *ult. h. t.*

(9) Et potest remittere jus hypothecæ, quod in bonis mariti habet dotis nomine *l.* 11. *L.* 21. *C. h. t.* Si tamen dolo ad id inducta, per actionem in factum, quæ doli subsidiaria, restituetur hypothecæ, dabiturque

nium sub eo pignore facilius reperiat: quia scilicet hic nec se, nec res ullas suas obligat, eoque non habet ea res intercessionem. *L. quamvis.* in pr *D. eod.*

XV. Alterum erat quod ad definitionem intercessionis requiri diximus, ut pro alio se mulier obliget. Quod quibus modis, fiat supra a nobis demonstratum est. Sed non ut modi se pro alia obligandi certi sunt: ita et illud semper certum est, pro alio mulierem se obligasse, sive alienam obligationem in se suscepisse. Est enim cum prima facie alienam suscepisse mulier obligationem videatur, revera autem (10) suam susceperit, ac propterea non sit æquum eam Senatusconsulto adjuvari, ut Cajus scribit in *L. aliquando*, 13. *D. ad S. C. Vellejan.* Quæ res exemplis aliquot propositis fiet illustrior.

XVI. Et tria adfert eodem loco Cajus. Primum est, si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato, post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debeat. Expromissorem dominus ab ancilla accepit, quia non obligatur servus re in servitute gesta post manumissionem. *L. si furem*, *D. de fideicom. liber.* ne ipsi quidem expromissori in hac specie tenetur, nisi actione subsidiaria de dolo. *L. et eleganter*, §. *servus pactionis*, *D. de dol.* Sed nos proponimus hoc loco libertam sponte fidem agnovisse, et volente domino obligationem expromissoris in se suscepisse. Dicimus non adjuvari eam SC. Vellejano, quasi intercessisset. Suam enim obligationem revera suscepit non alienam: res gesta est in utilitatem ipsius, pro libertate. Secundum exemplum est, si mulier hereditatem emerit, et æs alienum in se transferat, idest. si creditoribus hereditariis promittat se soluturam, non tenetur illis emptor hereditatis: sed venditor, utpote, heres. Sed si mulier eam obligationem in se suscipiat, non intercessit: quia in rem suam se obligavit, negotium suum gessit. Nam venditor idemque heres si ab hereditariis creditoribus conveniretur, haberet ad emptorem hereditatis, idest, ad mulierem regressum. *L.* 2. *D. de hered. vel act. vend. L.* 2. *C. eod.* Tertium est, si pro fidejussore suo intercedat: eadem ratio, quia fidejussor habet adversus eam mandati actionem, et quia ipsa principalis debitrix est. Senatusconsulti autem exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem ejus intercessit. Ut est in *L.* 2. *C. ad. SC. Velleja.* Quo in loco species alia ad hanc definitionem pertinens proponitur, si videlicet pro creditore suo se alii obliget, dum pro eo fidejubet, aut a creditore suo se vel debitorem suum delegari patitur, ut sic creditor liberetur, ipsa vel debitor ejus teneatur: id enim delegationis verbum significat. *L. delegare*, *D. de novat. L.* 1. et 3. *C. eod.* Alia exempla (ne diutius in his colligendis atque explicandis immoremur) passim in *hoc tit. ad SC. Vellejan.* veluti in *L. si pro aliquo.* 19. *L. si mulieri*, 15. et *L. si mulieri*, 22. in *L. debitrix*, 24. occurrunt.

XVII. Sed ut in his exemplis mulier prima facie, ut Cajus loquitur, alienam, revera autem et in effectu suam obligationem suscipit: sic etiam viceversa accidit, ut suam videatur suscepisse, cum revera susceperit alienam, qua re sæpe Senatusconsulto fraudem fieri videmus. Cum mulier non pro aliquo debitore, vel debitore sese obligat: sed se ab initio reum constituit, nullo modo intercedere videtur. *d. L.* 3. *C. hoc tit.* Et tamen si quis erat contracturus, seque obligaturus, veluti pecuniam mutuo sumpturus, et a muliere impetrat, ut ipsa mutuum istud contrahat, quo deinde ad ipsum pecunia perveniat, in hac causa mulierem vere intercessisse, et Senatusconsulto adjuvari placuit. *L.* 4. *L. si adversarius*, *C. eod. tit.* quod et supra attigimus.

XVIII. Diligenter ergo judici hoc rimandum est; ac pervidendum, ut in omni contractu mulieris, contractus cujusque causam atque initium consideret, tum de intercessione judicet. *L. si procuratorem*, in princ. *D. mand.* Si intercessisse revera pro alio deprehendetur, nihil refert, pro qua persona intercesserit, ut Senatusconsulto adjuvetur: etiamsi persona sit conjunctissima, veluti, pater, filius, maritus. Intercessione quidem remota, certissimum est, neminem ex alterius contractu obligari, vel pro alio conveniri posse: quantunvis conjunctionem personarum proponas. Quo pertinet Titulis ille *Cod.*, *Lib.* 4. *Ne uxor pro marito*, *vel maritus pro uxore*, *vel mater pro filio conveniatur.* Item alius: *Ne filius pro patre*, *vel pater pro filio emancipato*, *vel libertus pro patrono*, *vel servus pro domino conveniatur.* Intercessione autem interveniente, unusquisque ho-

utilis hypotecaria contra eos, in quos res alienatæ. Cujac. *Cons.* 18.

(10) Adde Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 987. Cujac. 9. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* Hortens. *ibidem.*

rum (servus pro nullo habetur) pro alio obligatur ac conveniri potest: excepta muliere, quæ pro (11) nemine intercedens obligatur non pro patre. *L. si paternam*, *C. ad Senatusc. Vellejan.* non pro filio, *L. si cum ipse*, 3. *C. eod.* non pro (12) marito, de quo passim plurimi extant loci; cum tamen maritus fidejubendo pro uxore, vel alias intercedendo firmiter teneatur. *L.* 3. in fin. *C. Ne uxor pro mar. L. Seia mancipia*, *D. ad S. C. Vellejan.* Imo, quod plus est, pro marito multo minus tenetur, quam pro aliquo extraneo. Quo facilius se mulier pro marito, quam pro aliis obligat, eo magis in marito subveniendum ei fuit.

XIX. Quam ad rem insignis est Constitutio novella Justiniani *Auth. si qua mulier*, *C. ad Senatusc. Vellejan.* in qua duo nova pro muliere constituta sunt, quæ pro marito intercesserat. Primum est, ut ipso jure non teneatur. Cum si pro alio intercedat, teneatur ipso jure, tuta solum et munita Senatusconsulti exceptione. *L.* 2. *L. mulierem* et passim, *D. h. t.* Alterum est, quod intercessio pro marito facta, etiamsi post biennium a muliere semel et sæpius comprobetur, nihilominus tamen placet eam ipso jure non teneri. Secus si pro alio intercessisset: de qua re infra in exceptionibus hujus Senatusconsulti. Introductum utrumque, ut dixi, Constitutione Justiniani.

XX. Vulgo hanc Authenticam sic accipiunt, quasi et ea cautum sit de obligatione principali mulieris jam marito contracta, placeatque mulierem cum marito etiam principaliter contrahentem non obligari. Quod certe verum non est. Obligatur enim mulier marito ex omni contractu, solaque donatio inter eos interdicta est. *L. si sponsus*, *§. circa venditionem*, *D. de donat. inter vir. et uxo. L. ex diverso*, *§. item si mulier; D. solut. matrim. L. non tantum*, *D. de re judic.* Neque hoc jus a Justiniano in *d. Auth.* est immutatum. Primum etsi ageretur illic de eo, quod geritur inter virum et uxorem: tamen non omnes contractus vetarentur, sed tantum mutuum: quia de mutui instrumento tantum hoc cautum est, non de quovis contractu. Sic enim verba Græca sunt in Novella. *Ut nulli judic. lic. etc.* 134. *C.* 8. unde est hoc fragmentum, ut Justinianus improbet obligationem mulieris, si consenserit marito suo *ἐν δανειακῷ γραμματείῳ* quod valet in mutui instrumento, ut recte vertit Haloander. Deinde ne mutuum quidem vetaret mulierem accipere a marito, sed permitteret, dum ratum habet quod gestum est, si probetur pecunias versas esse in rem mulieris. Quod si non probetur, juberet quidem mutuum nullum esse, non tamen ideo, quia non posset mulier obligari marito: sed qua videtur id mutuum dari in fraudem ejus juris, quod prohibet donationem inter virum et uxorem. Quia enim uxor marito donare non poterat, videtur maritus ei dedisse pecuniam mutuam, quam ipsa facile etiam statim redderet. Dum autem id ignoretur, nihilominus eam semper deberet: ut cum eam solveret, postea videretur debitam reddere, non donare. Quæ fraus cum metuitur, placet quod geritur non valere. *L. qui testamentum*, in fin. *D. De de probat.* Atque hæc ita sunt in verbis: Etsi quis concederet vetari ea Novella, ne mulier obligetur marito suo. Atqui de eo nihil exprimitur, sed ita verba sunt: *Si mulier consenserit marito suo in instrumento mutui, et se aut res suas obliget.* Non addit, etsi se obliget marito, vel alii mariti nomine, vel alii suo nomine principaliter. Utrum ergo hæc omnia contineri simul et prohiberi intelligimus? Imo quæ recta interpretationis lex est, videbimus quid hic congruat prioribus legibus, quid repugnet. Quod congruit, accipiemus: quod repugnat rejiciamus: ut sic posteriores leges ad priores trahantur, quæ ex illis interpretationem accipiant, nisi posteriores aperte sint contrariæ, ut fieri præcipitur in *L. sed et posteriores*, *D. de legib.* Quare cum sciamus prioribus legibus jus ita esse, ut mulieres principaliter contrahendo recte obligentur, cum quocumque contrahant: si pro alio se obligent, aut res suas, non obligentur: etiam posteriorem hanc obligationem dumtaxat in hac *Authent.* improbari intelligemus: quanvis

(11) Etsi pro servo alieno, de quo probabiliter dubitatum *L. ult. §. ult. h. t.* Sed etsi pro muliere intercesserit. Paul. 2. *Sent.* 11. §. 1. et per verba, *pro ullo L.* 1. *pr. h. t.* et quia non utraque periclitatur, ut locus sit regulæ: Privilegiatus contra privilegiatum etc. sed sola quæ intercessit. Hertous. *ad L.* 1. *h. t.*

(12) Male autem generatim hæc ratio redditur, quia per intercessionem uxoris tacite et oblique videatur facta donatio. Gomez. in *L. Tauri* 61. *n.* 2. Sc. Gentil. *Lib.* 1. *de don. int. vir. C.* 20. Nam nec donat qui intercedit *L.* 4. *in fin. h. t.* nec idem constitutum est in marito, ne pro uxore se obliget. Esset autem, si hæc vera ratio. Quin et solutio uxoris pro marito rata. *L.* 4. *C. h. t.* scilicet ratione creditoris, et quatenus obligationem tollit, non vero quatenus uxor rem suam, solvendo cum commodo mariti, imminuit.

uxor pro marito intercedat. Neque ideo supervacanea erit ea constitutio: eum et circa hujus intercessionis interdictionem nova quædam nominatim inducta sint, ut ante ostendimus. Hic eleganter quæsitum est, quid si mulier neque se obliget pro marito, neque aperte pro marito intercedat. Sed in eodem instrumento se obliget una cum marito suo, ita ut fiant duo rei promittendi, an mulier ex hac *Authen.* non tenebitur, an vero quia ad verba *Auth.* hæc species non pertinet, tenebitur? Et vera est sententia communis existimantium, mulierem ne hoc quidem casu (13) teneri ex hac *Auth.* sed ratione nova: quoniam sciendum est duos reos debendi vice mutua fidejussores esse, id est, sic accipi, quasi unus alterius fidejussor sit. *L. reos*, in princ. *D de duob. reis.* Vere enim fidejussores non sunt, cum id nominatim actum non sit, sed ita tamen accipiuntur, quasi essent, inspecto effectu, et executione obligationis, quia solidum a singulis exigi potest. Itaque Africanus respondit in *L. vir uxori*, §. fin. *D. ad Senatuscon. Velleja.* Hæc omnia cauta sunt hac lege, sive *Auth.* cum hac exceptione, Nisi manifeste probetur, rem de qua agitur in utilitatem uxoris versam esse. Exigit lex manifestam probationem. Ex quo bene vulgo colligitur, si mulier in instrumento confessa sit, rem versam esse in utilitatem suam, eam confessionem illi non nocere, quia hæc confessio non est manifesta probatio: nam qua levitate, aut necessitate mulier pro marito intercessit, eadem levitate et necessitate fieri potest, ut fateatur, rem in utilitatem suam versam esse.

(13) Jo. Vinc. Hondede. *Vol.* 1. *Cons.* 45. *n.* 19. *et seqq.*

CAP. XXX.

Auxilium senatusconsulti Vellejani quo mulieri succurritur adversus intercessionem, positum in exceptione senatusconsulti mulieri adversus actionem prodita. Hæc exceptio quibus præter mulierem competat. Quibus rebus ab exceptione Macedoniani differat. Quibusdam in caussis mulieri intercedenti tributum a Justiniano, ne omnino teneatur etiam ipso jure.

Auxilium in S. C. Vellejano duplex, mulieri et creditori. I.
Mulieri, ne in eam petitio, neve in eam actio detur; *quæ horum verborum significatio.* II.
Exceptio Vellejani prodest nedum mulieri, sed et ejus heredi et fidejussori. III.
Et huic quidem est donandi animo fidejusserit. IV.
Hoc quare in Vellejano dumtaxat, non etiam in Macedoniano permissum. V. VI.
Etiam si pro debitore principali fidejusserit, sed mandato mulieris. VII.
Mulier, quæ intercessit, etiamsi juris ignorantia solverit, repetit solutum. VIII.
Mulieris intercessio non ipso jure tollitur, sed exceptione Vellejani infirmatur ex jure veteri. IX.
Quid novi Jure Justiniano. X.

I. Tenemus intercessionem, id est id quod prohibetur in mulierum contractibus senatusconsulto. Vellejano. Sequitur auxilium et beneficium senatusconsulti adversus intercessionem. Sic enim vocatur a veteribus, ut est re vera auxilium in *L.* 2. *L. si sciens, C. eod. L. quamvis*, §. *si convenerit*; in fin. *D. eod.* beneficium in *L. debitrix*. §. 1. *D. eod. L. si adversarius, C. eod.* Id auxilium duplex est. Nam hic et mulieri succurritur, et succurritur creditori.

II. Mulieri intercedenti id tribuitur, quod senatusconsulto expressum est, ne in eam ea nomine petitio, actiove detur, totidem pœnæ verbis, quibus hac ipsa senatusconsulto Macedoniano denegantur. Ne petitio detur, id est, ne actio in personam adversus mulierem heredemve ejus. Nam ut diximus in Macedoniano, petitio in rem actio est; actio in personam. *L. actio. D. de obl. et act. L. pecuniæ*, §. *actionis, D. de verbor. signific.* Hæc autem verba, ne qua actio detur in mulierem ob intercessionem, hanc significationem habent, ut si constet mulierem se obligasse non pro se, sed pro alio, idque extra eos casus, in quibus cessat auxilium senatusconsulti: ne omnino detur actio in mulierem. Quod si ambigetur, utrum obligarit se pro se, an pro alio, aut an interveniant aliquæ exceptiones, de quibus di-

cetur postea: detur quidem actio in mulierem, sed et mulieri detur senatusconsulti (1) exceptio, qua probata, non teneatur. Sic et verba Macedoniani interpretati sumus ex *L. nam postea, D. de jur.* Hinc ut ex superiore senatusconsulto exceptio Macedoniani: sic ex Vellejano exceptio Vellejani: auxilium hujus senatusconsulti proprium, quod quidem tribuatur mulieri adversus intercessionem. Quod genus exceptionis sub *hoc tit. D.* et *C.* passim occurret, ut *L.* 6. *L. si mulieri*, 15. *L. si mulier. seq. L. si pro aliquo*; *D. L.* 2. *L. mulierem. L. si mulier. C. eod.*

III. Hac exceptione ob intercessionem mulieri constituta, sequuntur ea quæ sunt in vi hujus exceptionis. Vis duplex. Una, qua fit, ut non modo exceptio mulieri competat; sed transeat ad omnes, ad quos eadem obligatio intercessionis pertinet, heredes puta, et fidejussores mulieris, si quis forte et pro ea ex caussa intercessionis fidejusserint, ut posse constat. *L. si plures. §. ult. D. de fidejus.* De heredibus mulieris minor dubitatio, quia hi in locum et jus omne defuncti succedunt. *L. heres in omne, D. de acq. hered.* Non sunt in eadem caussa fidejussores. Sed nihilominus et his eadem exceptio competit. *L. si mulier*, 16. *§.* 1. *D. hoc tit. L. mulierem. C. eod.* Vis hæc est propria exceptionum, quæ rei cohærent, non personæ. In quo numero est exceptio Vellejani. *L. exceptiones quæ D. de exc.* Indicio est caussa dandi. Non enim datur mulieribus, quia mulieres sunt: sed ob hanc rem, quia intercesserunt.

IV. Illud in hac exceptione fidejussoribus danda animadversione dignum est, quod placet hanc fidejussori dari etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habeat: quod fit, si donandi animo fidejusserit. *d. L. si mulier*, 16. *§. ult. D. eod.* Jus ideo animadvertendum, quod et verba senatusconsulti refragari videntur, et præcipue obstare exemplum exceptionis Macedoniani. Verba senatusconsulti hæc sunt, nominatim *ne petitio ab his, aut actio in eas detur.* Quibus verbis satis constat consuli solum fœminis, non aliis extra fœminas, nisi si ejusdem juris successores sint, aut per eos fœminæ conveniantur. At non sunt in hoc numero fidejussores, qui conventi nullum regressum habent adversus mulierem. Quapropter verba senatusconsulti actionem ob intercessionem denegantia ad istos non pertinent. Sed et exceptio Macedoniani, ejusque senatusconsulti verba in primis hoc suadent, atque adeo id efficere videntur. Nam et eo senatusconsulto totidem verbis cautum est, ne ei qui filiofamilias pecuniam dedisset, actio petitiove detur. Unde intellectum est, exceptionem constitui filiofamilias, itemque ejus fidejussoribus. Placet tamen hanc fidejussoribus competere hac lege, si non donandi animo fidejusserint. *L. sed si paterfamilias, §. ult. D. de senatusc. Macedon.* Quid igitur caussæ dici potest, cur et in exceptione Vellejani quæ iisdem verbis proponitur, non idem recipiamus? Huc accedit harum exceptionum similitudo, ambæ enim rei et caussæ cohærent, non personæ, et hoc nomine inter se comparantur in *d. L. exceptiones, quæ, D. de exc.* Non temere est igitur, quod id jus notandum esse notavimus, quod tam præter verba senatusconsulti superiora, et exemplum exceptionis Macedoniani constitutum esse apparet. Ne tamen propterea non recte admissum videatur a veteribus, etiam nobis expediendum esse, et superiora diluenda.

V. Primum igitur de verbis senatusconsulti, fatendum est illa verba adversari, quibus denegatur actio nominatim in fœminas. Et si nihil amplius exprimeretur senatusconsulto de intercessionibus fœminarum, fatendum esset etiam, non debuisse hanc sententiam probari a veteribus, non magis quam in senatusconsulto Macedoniano. Sed alia parte senatusconsulti Vellejani apparet non tantum voluisse senatum consulere mulieribus, quæ intercessissent; sed etiam genus ipsum totum intercessionis improbasse, ut continens virile et civile officium, quod sexui muliebri minime conveniret. Et hoc est, quod sensit Julianus, cum sententiæ illius suæ hanc rationem reddidit, quia totam obligationem intercessionis muliebris senatus improbat. *d. L. si*

(1) Vid. supra, *C.* 25. *N.* 2. Sed verius forte dicetur actionem ipso jure nunquam tolli, quia non ea Senatus auctoritas; actionem propter honorem Senatus, inanem reddi data exceptione Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 988. et Hortens. *ad L.* 1. *h. tit.* verba Senatusconsulti non ab initio interdicunt, inquit, intercessioni, sed, si facta, monent magistratus ut aditi ea de re voluntatem Senatus servent. Et actionem contra mulierem mero jure tenere Gomez. *in L. Tauri* 61. *n.* 1. *et* 2. *Resol.* 13. *n.* 16. uti et contra filiumfamilias Andr. Clud. *de Condict. C.* 3. *n.* 37. *et seqq.* Cujac. *ad Afric.* in *L.* 19. *h. t.* succurri vel exceptionis ope si nondum solverit, vel replicationis, in specie *L.* 17. *§.* 1. *L. ult. §.* 2. *h. t.* vel condictionis indebiti si solverit *L.* 8. *L.* 24. *§.* 1. *L.* 31. *h. t.*

mulier, 16. in fin. *D. eod.* Hac ratione posita sic recte colligitur. Tota intercessio fœminarum Vellejano improbatur tanquam factum incivile. Improbatur ergo et in omnibus, ad quos ejus intercessionis obligatio pertinet, tantum ideo, quod mulieres intercesserunt. Proinde et in fidejussoribus, quanvis donandi animo fidejusserint.

VI. Quod attinet ad exceptionem Macedoniani, est illa quidem hac in re similis, quod et ipsa rei cohæret, ut et Vellejani, qua in re recte comparantur in *d. L. exceptiones quæ de exc.* In eo dissimilis, quod sic datur ex mutui caussa, quod filiofamilias datum est, ut tamen cum de his quæritur, quibus Macedonianum senatusconsultum exceptione prospectum voluit, detur solum filii, et patris caussa. Filii, ne ejus mores corrumpantur: Patris, ne ejus vitæ filius insidietur; ut redduntur hæ caussæ in §. *penult. Inst. quod cum eo.* Non sic Vellejani exceptio, quæ non solum mulieris intercedentis caussa comparata est: sed in universum intercessionis muliebris inhibendæ caussa. Siquidem hanc totam tanquam incivile factum senatus improbat, ut est in *d. L. si mulier* 16. in fin. *D. hoc tit.* Quæ res facit, ut extra personam mulieris necesse sit exceptionem pervenire ad omnes, qui ex intercessione teneutur, ne in his saltem consistat intercessio, quam senatus per omnia repudiat. Ergo etiam fidejussoribus mulieris, quæ intercessit, exceptio Vellejani competit, et his quidem proprio quodam jure sine exceptione, sive conventi regressum adversus mulierem habeant, sive non habeant.

VII. Amplius placuit, etsi qui fidejussores sint non mulieris, sed debitoris ipsius principalis, si tamen mandatu mulieris fidejusserint, non minus et his competere exceptionem Vellejani. Intercedunt enim pro debitore illi quidem; quod sine auxilio senatusconsulti facere potuerunt. Sed intercedunt etiam pro muliere, dum ejus mandato interveniant. *L. si fidejussores*, 6. *D. eod.* Hæc tamen in his fidejussoribus cautio est, ut ita juventur senatusconsulto, si creditor eos mandatu mulieris intercedere scivit. Quod si ignoravit, decipi non debet: cum eos acceperit non tanquam fidejussores aut mandatores mulieris, sed tanquam fidejussores debitoris, pro quo si simpliciter intercederent, securus esset creditor, nec metueret exceptionem: quia ut dixi, extra intercessionem mulieres senatusconsulto non juvantur. Ideo placet si conventi utantur exceptione senatusconsulti, exceptionem replicatione repellendam. Hoc in *d. L.* 6. in fin. et *L. quamquam. seq. L. eod.*

VIII. Altera vis exceptionis Vellejani in eo est, ut mulier quæ intercessit, si auxilio senatusconsulti se munitam ignorans solverit, possit (2) solutum repetere. *L. quamvis, C. eod.* Commune hoc omnium exceptionum perpetuarum, ut qui unam aliquam ex his habet, quasi vere non debeat, si solverit per errorem, repetat. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* de quo dicetur postea in indebiti condictione. Illud proprium mulieris in hoc errore, quod masculi majores ita repetunt indebitum solutum, si per errorem facti solverint. *L. cum quis, C. de jur. et fact. ignor.* Mulier repetitionem habet, etsi in jure errans solverit, idque est, quod posnimus eam repetere posse, etsi ignoret se auxilio senatusconsulti munitam. Quod fit, non cum ignorat se intercessisse pro alio, cujus facti ignorantiam prætendere non potest. *L. quanquam, D. eod.* Sed cum hoc sciens, putat se jure ex sua promissione obligari, ignorans senatusconsulti auxilium in mulierum intercessionibus. Hoc ideo, quia juris error in damnis rei suæ mulieribus non nocet. Non dico rei suæ amittendæ, sed et jam amissæ. *L. regula, D. de jur. et fact. ignor.* Nec metuemus, ne in hac repetitione obstet mulieri obligatio naturalis, quæ soluti solet impedire repetitionem. *L. naturalis. D. de obligat. et action.* Qui enim exceptionem perpetuam habent, ideo habent, quia nec natura æquum est eos teneri. Idest quia nec natura obligantur. Præterquam si exceptio comparata sit in odium creditoris; qualis est Macedoniani. Quam ob caussam et adversus eam exceptionem solutum repeti non placet. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind. L. sed si paterfa. §. ult.* et *L. quia. seq. D. de senat. Maced.* De quo est dicendi locus in condictione indebiti. Cujus tractatio sequetur postea suo ordine

IX. Sed quemcumque effectum liberationis superioris esse placet; meminerimus nihil amplius esse in ea liberatione ex jure vetere, quam ut mulieri detur ea exceptio Vellejani, quam dixi. Quæ res declarat, mulierem ex intercessione etiam post senatusconsultum Vellejanum teneri ipso jure: quia non est exceptio, nisi adversus actionem jure constitutam. *Inst. de excep.* in princ. Et hoc quidem jus vetus fuit perpetuum.

(2) Cum fructibus, de quo Joan. Copus *Lib. 4. de Fructib. tit. 1. C. 8.*

X. Justinianus effecit, ut interdum nec teneatur mulier ex hac caussa ipso jure. Quod induxit duabus in caussis. Una est generalis, si mulier aliter quam interposito publico instrumento intercesserit: sive id fecerit sine scripto, sive interposito instrumento, sed privato. *L. antiquæ*, §. *ult. C. eod.* Altera specialis in uxore, quæ pro mutuo quod (3) marito datum est, se, aut sua obligavit. In qua specie jussit eam intercessionem plane nullius esse momenti, perindeque haberi, quasi hic neque factum quidquam, neque scriptum esset: idque sive privato, sive publico instrumento debitum cautum sit. *Auth. si qua mulier. C. eod.* Quibus verbis nihil aliud cavet, quam mulierem ex hac caussa ipso jure non teneri, nec in eo desiderare auxilium senatusconsulti, ut idem interpretatur in *d. L. antiquæ* in fin. *eod.* Et certum est futurum fuisse in eo, ut nullo jure obligaretur mulier, si nihil omnino factum esset, quo obligaretur.

(3) Quia quo facilius se obligatura mulier pro marito, eo magis subvenitur, Cujac. *in Nov.* 134. Sc Gentil. *Lib.* 1. *de Donat. int. vir. C.* 20. Gœd. *de Contr. stipul. C.* 7. *Conclus.* 16. et cons. Marpurg. 24. *n.* 137. *et seq. Vol.* 1.. Unde et hic renunciationi locum non esse DD. qui alias eam admittunt, fatentur. Jo. Vincent Hondede. *Vol.* 1. *Cons.* 45. *n.* 18. Diss. Gœd. *d. Concl.* 16. *n.* 298. qui tamen consentit, *d. Cons.* 24. *n.* 176. *et seqq.*

C A P. XXXI.

De actione per intercessionem mulieris creditori, apud quem mulier intercessit, amissa, creditori restituenda. Hanc restitui non senatusconsulto, et ipso jure: sed a prætore in integrum restitutione intra tempus legitimum petita. Hinc restitutoriam et rescissoriam dici. Non semper restitui hanc actionem, et quibus de caussis denegetur. Restituta creditori actione, Quando ea uti liceat; Adversus quos, et Quibus restituatur; Quamdiu competat.

Auxilium in Vellejano creditori in eo est, ut restituatur actio, cujus amissioni mulieris intercessio caussam dederit. I.

An illa a jure, an vero Prætoris auxilio restituatur. Qui hujus quæstionis usus. II. III.

Contrariis occurritur. IV.

Actio restitutoria creditori denegatur 1. *si mulier solverit.* V.

2. *Si parata sit pro vetere debitore judicium accipere.* VI.

3. *Si creditori alia civilis et ordinaria competat; et quæ talis actio.* VII.

Quare creditori non denegetur actio restitutoria, si ille aut mulieri accepto tulerit, aut heres extiterit. VIII. IX.

Statim creditori restituitur actio volenti. X.

Adversus omnes qui sunt mulieris intercessione liberati. Quinam isti. XI.

Creditori restituitur, ejusque heredi; non ita duobus stipulandi reis, sed et apud quem mulier intercessit; et quare. XII.

Restitutoria eamdem temporis durationem habet, quam vetus habuisset, ni fuisset amissa. Illustratur exemplo. XIII.

I. Atque hoc auxilium est, quod senatusconsulto Vellejano mulieri tribuitur adversus intercessionem, et ea vis ejus auxilii. Alterum auxilium est, quod per occasionem prioris tribuitur creditori. Id autem tale est. Fit interdum, ut creditor per intercessionem mulieris non amittat actionem adversus debitorem: interdum ut amittat. Non amittit, cum mulier, principali debitore manente obligato, eamdem obligationem in se suscipit; ut cum fidejubet pro eo; cum mandat ei debitori pecuniam credi; cum constituit se pro eo soluturam. Amittit creditor tunc, cum liberato principali debitore mulier obligationem in se transfert, aut eo quem principaliter obligatum esse oportebat omisso solam se pro eo ream constituit, secundum ea, quæ initio de generibus intercessionum diximus. Priore casu nullum est auxilium crediaturis ex caussa intercessionis adversus debitorem, quia nec ullo indiget adversus eum, adversus quem etiam post intercessionem eadem integra est actio. Illic indiget, cum amisit actionem adversus debitorem facto suo, adversus mulierem senatusconsulto. Atque hic auxilium illud constitit, ut quoniam nulla est actio ex intercessione adversus mulierem propter senatusconsultum, sit, saltem adversus debitorem, qui ad senatusconsultum Vellejanum non pertinet. Quam ad rem placuit et adversus eum restitui veterem actionem crediturí. *L.* 1. in

fin. *D. eod.* Nec interest, quomodo creditor propter intercessionem mulieris amiserit actionem: utrumne ipsa intercessione, ut cum novationis caussa mulier obligationem in se transtulit; an vero ante intercessionem, ut cum prius liberavit debitorem acceptilatione, sic deinde mulier intercessit. *L. quamvis. §. quoties, D. hoc tit.* Etsi enim hic debitor intercessione liberatus non est: tamen liberatus est propter speratam intercessionem mulieris. Hoc autem satis, propter intercessionem mulieris actionem amissam esse, ut hæc restitui debeat creditori. Hoc enim modo semper verum est, intercessionem mulieris actionis damno caussam dedisse. Restituitur tunc vere adversus debitorem actio, cum fuit aliquis debitor, cujus obligationem mulier in se transtulit. Quid fiet, si se solam ream constituerit ejus nomine, qui non fuit obligatus, quem tamen principaliter obligatum esse oportebat? quam speciem intercessionis esse diximus, quæ indicatur in *L. 4. C. eod.* Placet nihilominus hic actionem dari in eum, qui pro se constituisset mulierem ream. *L. 1. in fin. D. eod.* Sed quia non propria dicitur restitui actio adversus eum, adversus quem nulla prius fuit, ideirco recte Ulpianus hoc casu dari ait in eum actionem, quæ instituat magis, quam restituat obligationem. *L. quamvis, §. pen. D. eod.*

II. Sed cum hanc actionem creditori restitui dicimus, hic statim occurrit, quod dubitetur. Sic enim Paulus definit in *L. qui res, §. aream, D. de solut.* sublatam semel obligationem in perpetuum restitui non posse. Quomodo igitur in hac specie juris eam restitui dicimus. Et res ita habet, ut ipso jure nunquam restituatur, de quo Paulus sensit. Quæ res statim hanc quæstionem hoc loco inducit, quo ergo jure ea restituatur. Et consequens est non restitui hoc senatusconsulto: quo posito, etiam sequitur, ut restituatur a prætore per in integrum restitutionem. Itaque ita scriptum est in *L. si mulier*, 16. in fin. significatur satis in *L. debitrix, §. ult. D. hoc tit.* Sed et hoc intelligitur certius ex iis, quæ huic actioni tribuuntur a veteribus. Nominatur hæc actio restitutoria: nempe quia per restitutionem prætoris competit. *L. quamvis, §. si convenerit*, in fin. *§. si mulieri, §. pen. D. eod.* Et quidem ita, ut nec ante eam restitutionem restitutæ actionis tempora numerentur. *d. L. debitrix, §. ult. eod.* Dicitur et (1) rescissoria in *L. si mulier. C. eod.* certo argumento et hanc competere ex restitutione prætoris. Sic enim dicitur, non quia rescindat intercessionem; sed quia rescissa intercessione, restituatur a prætore, ut hoc verbi explicatur in *L. ult.* in fin. *D. eod.* ubi ut intelligamus restitutionem hanc referri ad factum prætoris, non ad jus, dicitur hæc actio rescissa intercessione in dominum, non restitui, sed restituenda esse. Sed et hoc modo dici solent actiones omnes, quæ aliquo facto amissæ, rescissa prius usucapione, aut alia re quæ obstabat, a prætore in integrum restituuntur. *L. necnon, § ult. D. quib. ex cau. major.* Ex eadem caussa est, quod hæc actio restitutoria dicitur a veteribus utilis actio, non directa. Quæ tamen esset directa, si jure ipso competeret. *L. quamvis, §. si convenerit, §. si mulieri*, in fin. *D. eod.* Sed et hoc verbum in his, quæ restituuntur, usurpari tantum solet de iis quæ a prætore restituuntur. *L. ult. C. quib. ex caus. maj.* Adde his, quod nunquam datur hæc actio utilis, quandiu creditori adversus debitorem alia actio civilis competit, *d. L. quamvis, §. si convenerit*, in pr. *eod.* Jus plane proprium earum actionum, quæ per in integrum restitutionem impetrantur. *L. in caussæ*, 2. *D. de minor.*

III. Sed cur laboramus, dicet aliquis, cum sive utili, sive directa actione conveniatur debitor, nihil intersit aut debitoris, aut creditoris? *L. actio, D. de nego. gest. d. L. quamvis, §. si mulieri*, in fin. Multa concurrunt, cur id in primis statui oporteat. Primum ut statim removeatur objectum illud superius, quod huic restitutioni obstabit. Deinde ut superiorum appellationum, itemque superioris denegationis ratio recte explicetur. Postremo quia in re etiam ipsa, atque effectu juris multum interest, utrum dicamus actionem senatusconsulto et ipso jure restitui, an vero a prætore. Si actio restituitur ipso jure sine alio facto magistratus, legitima est, eoque et perpetua, ut sunt omnes legitimæ. *Instit. de per. et temp. act.* Sin restituitur a prætore, non potest peti hæc restitutio nisi intra quatuor annos, ex quo actio amissa est. Hoc enim tempus præstitutum est a Justiniano omnibus in integrum restitutionibus petendis. *L. ult. C. de temp. in int. restit.* Atque hoc nunc confirmamus, cum dicimus eam actionem a prætore restitui.

(1) *L. 16. in fin. h. t.* vid. Cujac. 4. *ad Afric. in L. 19. h. t.* Quia ab Accursio et veteribus interpretibus vocatur institoria, quos et Græci sequuti, Cujac. 16. *Observ.* 27. errore ex affinitate vocum orto, Treutler. *Vol. 1. Disput. 25. Thes. 6. lit. D.*

IV. Sed quædam obstant. Primum illud, quod non est in integrum restitutio majoribus, nisi eo edicto, quo nominatim cavetur in iis caussis, ex quibus majores in integrum restituuntur. Quod proponitur in *L. 1. D. ex quib. cau. mai.* et de quo sub eo titulo agitur. Nihil autem eo edicto cautum est de actione restituenda creditori amissa ob intercessionem mulieris. Deinde et illud, quod dicitur in *L. debitrix*, §. 1. *D. hoc tit.* actionem in priorem debitorem statim competere. Si statim, non est alia restitutione prætoris opus, quæ sine intervallo impetrari non potest. De quibus breviter respondeo. Ac primum de edicto, ex quibus caussis majores in integrum restituuntur; non caveri quidem aperte, et specialiter eo edicto de hac restitutione; sed satis caveri generali illa clausula ejus edicti. Item si qua alia mihi justa caussa esse videbitur, in integrum restituam. Quæ refertur et explicatur in *L. sed etsi*, §. *ult. D. ex quib. cau. mai.* Nulla enim potest esse caussa justior ad restitutionem, quam ut subtracta creditori mulieris persona propter senatusconsultum, integra caussa pristina ei restituatur. Quæ ratio redditur in *L. si mulier*, 14. *D. hoc tit.* Nam primum hic actionem creditor adversus mulierem non sua voluntate, sed necessitate amittit. Quæ omnis necessitas ad illam clausulam pertinet, ut declaratur in *d. L. etsi*, in fin. *ex quib. cau. major.* Tum autem amittit non quavis necessitate, sed necessitate juris. Quod actionem quæ una reliqua erat adversus mulierem, creditori adimit: in quo est beneficium Velleiani. Nihil æquius, quam beneficium quodvis ita concedi, ut id fiat sine injuria cujusquam. Idque ita jure observatur. *L. nec avus*, *C. de emanc.* Quod autem dicitur in *L. debitrix*, §. 1. hanc actionem competere creditori statim, sic interpretandum est ex *L. aliquando*, §. *ult. D. eod.* Ut competat statim, sed volenti creditori. Et ita est: si statim creditor actionem petere vult, potest, et ei restitutoria dabitur: si non vult, non erit hæc actio ante restitutionem.

V. Non tamen semper datur creditori restitutoria hæc actio. Denegatur illi tribus de caussis. Una est, si mulier quæ intercessit, creditori solverit, ut non posset repetere. *L. quanvis*, §. *si mulier*, *D. eod.* Merito. Nam si solutione tollitur omnis obligatio, *Inst. quib. mod. toll. obligat.* hac solutione obligatio, qua debitor tenebatur, sublata est sine injuria creditoris, qui suum ita recepit, ut sit mansurum. Neque hoc solum dicimus, cum creditor pecuniam mulieris retinens postulat sibi actionem dari adversus veterem debitorem. Quo quidem casu nulla dubitatio est, quin jure ei denegetur actio, cum bona fides non patiatur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.* Sed hoc amplius volumus intelligi, quæ superioris responsi sententia est, quanvis creditor paratus sit pecuniam restituere mulieri, et ob id postulet sibi restitui actionem adversus debitorem, quasi non bis idem petat: tamen non esse audiendum. Et recte. Semel enim illi satisfactum est sua voluntate. Hoc ille factum mutare non potest. Semel illius voluntate quæsita est liberatio creditori. Hæc illi adimi non potest invito. *L. ult. D. de pact.* Tunc autem mulier sic solvit, ut repetere non possit, cum sciens se auxilio senatusconsulti munitam solvit, ut indicat. *L. quanvis*, *C. eod.* Et definitio est juris certi; indebitum solutum scientem non repetere. *L. indebitum*, *C. de cond. indeb.*

VI. Altera caussa est denegandæ hujus actionis finitima superiori, si mulier quæ intercessit, parata sit judicium pro vetere debitore accipere, ne in eum actio detur. *L. ult.* §. *penult. D. hoc tit.* Hoc ideo, quia judicium pro alio suscipere ut eum liberes, liberationis genus est, qua non minus liberatur debitor etiam invitus, quam si quis pro eo solvisset. *L. solutione*, 23 *D. de solution.*

VII. Tertia caussa est, si creditori actio restitutoria non sit necessaria, quia alia civilis et ordinaria ei competat. Quod accidit in hac specie, si creditor liberet debitorem suum per acceptilationem hac lege, ut det expromissorem, deinde is dederit mulierem. Est hic quidem mulier tuta auxilio senatusconsulti propter intercessionem, et creditorem acceptilatione amisisse actionem constat. §. *item per Inst. quib. mod. tol. oblig.* Placet tamen in ea specie non restitui actionem creditori adversus priorem debitorem, hac ratione quia non sit necessaria: et ideo non necessaria, quia condictio adversus eum competat. *d. L. quanvis*, §. *si convenerit*, *D. hoc tit.* Ea condictio est ob caussam. Accepto enim latum est debitori ob caussam, ut expromissorem daret. Hæc caussa secuta non est. Dedit enim mulierem. At hæc effectu non expromisit; quia effectu non obligatur. *d. L. quanvis*, §. *si mulieri*, *D. eod.* Ideo erit (2) condictio tanquam ob rem dati,

(2) Vid. Hortens. *ad d.* §. 8. ubi quasi movet cur non in specie hac detur actio di- sjecta ad id ut fidem contractus, qualis ibi videtur, impleat, qui promisit expromisso-

caussa non secuta. *L. 4. D. de cond. caus. dat. cav. non sec.*

VIII. De quarta caussa denegandæ actionis restitutoriæ dubitatum est, si forte liberata sit a creditore mulier alio modo, quam solutione. Quid enim, si creditor post intercessionem mulieri accepto tulerit? Videri potest par esse, ut quemadmodum denegaretur creditori restitutoria actio, si mulier ei solvisset, ita et hic denegetur; quoniam acceptilatio est imaginaria solutio. *§. item. per Inst. quib. mod. tol. oblig.* Sed placet hoc casu nihilominus restitutoriam actionem ei dari debere, ut est in *d. L. quanvis, §. si convenerit*, in fin. *hoc tit.* addita hac ratione, quia inanem obligationem creditor dimiserit. Quod additum est, ut occurreretur superiori objectioni. Perinde est enim, quasi ita diceretur; non obstare, quod acceptilatio pro solutione est. Id enim tunc locum habere, cum fuit aliqua obligatio, quæ accepto ferri posset: qua remota, nec acceptilatio possit intelligi. Nunc autem nullam fuisse obligationem mulieris ex intercessione, certe effectu fuisse inanem, quod tantumdem valet. Non est eadem caussa solutionis, cum mulier sciens indebitum solvit creditori. Hac enim solutione non se illa liberat, sed debitorem. Atque hic vere debuit.

IX. Eadem quæstio est, si creditor post intercessionem mulieri heres exstiterit. Nam et hoc casu aditio hereditatis sustulit obligationem mulieris confusione, eademque et pro solutione cedit. *L. Stichum, §. aditio, D. de pet. her.* Sed et hic placuit creditorem institutoria nihilominus usurum: cum non obligatæ cum effectu successerit. Idque ita scriptum est in *d. L. quanvis, §. si mulieri, hoc tit.* Qua ratione eodem modo diluitur prior objectio, quo supra; ut sit sententia, aditionem quidem cedere pro solutione, sed tunc, ubi fuit vera obligatio, quæ solveretur. Hic autem creditorem successisse mulieri non obligatæ: certe non obligatæ cum effectu: quod eodem redit.

X. Constituta restitutoria hac actione creditori, de ea quatuor quæsita sunt, quæ paucis exsequar. Primum an statim competat creditori hæc actio. Movet dubitationem, quod cum detur creditori, ne damno afficiatur propter auxilium senatusconsulti, quo mulieri succurritur, videtur esse exspectandum dum sciatur, an mulier conventa eo auxilio utatur, necne. Fieri enim potest, ut non utatur. Et si jam solverit ignara juris sui, videtur expectandum, an repetat solutum, necne: quoniam fieri potest, ne repetat. Adversus has dubitationes et similes generalis hæc sententia est veterum, hanc actionem (3) statim competere creditori adversus debitorem volenti ea experiri. Sive mulier obligaret se pure, sive in diem aut sub conditione, ubi dies aut conditio exsistens, nihilo magis eam oneret, quam si pure esset obligata. *L. debitrix, §. 1. L. aliquando, §. ult. D. eod.* Et recte. Nihil enim ad rem pertinet quid sit in voluntate mulieris, aut postea futurum sit, sed quid in re et jure obligationis. Constat jure inanem esse obligationem, qua mulier tenetur ex intercessione, etiam si vellet non esse inanem, quia sponte parata sit solvere. Nunc autem restituitur creditori actio in veterem debitorem tantum ideo, quia illi subtrahitur mulieris persona propter senatusconsultum. *L. si mulier, 14. eod.*

XI. Secundo loco quæritur, quoniam dicimus hanc actionem restitui creditori adversus veterem debitorem, ut est in *L. 1. D. eod.* an detur adversus hunc solum, an etiam adversus alios, et in universum adversus quos restituatur. Et placet ita restitui, ut pristina caussa integra sit creditori, *d. L. si mulier, 14. eod.* proinde restitui in omnes qui liberati sunt per intercessionem. *L. quanvis, §. quanquam, D. eod.* Liberantur eo facto primum debitor, et per hunc heredes ejus, cæterique successores. Ideo ut in debitorem, ita et in heredes ejus successoresque omnes alios competit. *L. 1. L. hæ actiones, D. eod.* Una cum debitore liberantur et accessiones, ut fidejussores et pignora. *L. in omnibus, D. de sol.* Ideo in fidejussores quoque debitoris restitui hanc actionem placet, *d. L. si mulier, 14. eod.* quod et in pignorum possessoribus intelligendum est. Item cum duo sunt rei promittendi, si unus per intercessionem mulieris liberatus sit, una quoque et liberatur alter. *L. 2. D. de duob. reis. §. 1. Instit. eod.* Et hoc est, quod hic etiam

rem dare. Neæ, inquit, ICt. erit, qui nondum hunc solvet. Atqui nec hoc negat IC. illo casu præscriptis verbis agi posse, cum vulgatum sit ex contractibus incertis liberum esse ei qui prior implevit, vel ad impletionem contractus agere, vel quod præstitit condicere.

(3) Dissentire videtur Cujac. *d. Lib. 4. ad Afric. in d. L. 19.* putans aliud esse competere actionem statim *d. L. 24. §. 1.* et aliud dari, institui. Competere potissimum ut transmissioni prosit *l. 9. §. ult. l. 10. de tut. et rat. dist.* Sed in *d. L. 13. §. ult.* dicitur aperte *danda.*

placet, si pro uno r.o intercessit mulier, adversus utrumque restitui actionem creditori. *L. si pro uno. D. hoc tit.*

XII. Tertio quæritur, quibus restituatur hæc actio. Et si cui creditori restitui debere constiterit, etiam ejus heredibus successoribusque omnibus debere restitui constat, *d. L. hæ actiones, D. eod.* Sed his exceptis, non ut restituitur in omnes, qui liberati sunt intercessione: ita restituitur omnibus, qui per caussam intercessionis actionem amiserunt: sed his solum, qui liberaverunt debitorem. Utputa, inquit Ulpianus duo rei stipulandi fuerunt: apud alterum mulier intercessit. Ei soli restituetur actio apud quem intercessit, *d. L. quamvis, §. quamquam D. eod.* Atqui ea intercessione constat utrumque amisisse actionem. Hoc enim in duobus reis stipulandi accidit, ut unius acceptilatione, novatione, et quavis alia liberatione perimatur utriusque obligatio. *L. si rem, §. 1. D. de novat.* Qui minus igitur his restituitur actio pariter una intercessione actionem amittentibus, quam restituitur adversus duos reos promittendi, adversus quos pariter una intercessione actio amissa est? Differentiæ ratio est, quod actio restitutoria in hac re tribuitur ei, qui liberavit debitorem. Ac propter liberationem suam actionem amisit. Sequitur igitur, ut adversus quoscunque amiserit, adversus eos illi restitui debeat: quia verum est omnes ejus facto esse liberatos. Contra autem alii restitui non debeat, qui non liberavit. In quo numero est alter (4) reus stipulandi. Amisit enim hic una actionem; non tamen quia debitorem liberavit, qui ipse in eo nihil fecit, sed quia alter reus illi actionem facto suo peremit, *d. §. 1. Inst. de duob. reis.*

XIII. Postremo videndum est, quamdiu hæc actio competat. Nam in *L. hæ actiones, hoc. tit.* scriptum est eam perpetuo competere, quia habeat rei persecutionem. Hoc ut plurimum ita est. Sed non recte definitur in universum. Sic igitur habendum est, restitutam hanc actionem talem futuram esse, qualis fuit apud creditorem, cum liberatione ejus amissa est. Non enim nova hic instituitur actio: sed quæ amissa est, restituitur. Quare si vetus perpetua fuit, et restituta erit perpetua: *d. L. hæ actiones*, si temporalis, in eadem caussa et restituta habebitur. *L. debitrix, §. ult. D. eod.* Sed etsi quæ tempora ejus actionis ante perierint, quam amissa esset, eadem et restitutæ detrahentur: omninoque res in eum locum restituetur, ut solum pristina caussa sit integra creditori, ut est in *d. L. si mulier, 14. eod.* Sic tamen restituetur hæc actio in ea tempora, quæ prius restabant, ut numerentur hæc tempora continua solum post restitutionem, seu ex die restitutæ actionis, non ex die intercessionis; quamvis statim atque intercessit mulier, actio competierit: hoc in *d. L. debitrix, §. 1. D. eod.* Res plana fiet exemplo. Emptori qui emit animal morbosum, vel rem aliquam vitiosam, competit adversus venditorem redhibitoria actio intra sex menses; actio quanto minoris empturus esset intra annum. *L. sciendum, §. ult. D. de æd. ed.* De eo cum satisfacere emptori venditor vellet, dedit ei liberandi sui caussa alium reum, sed mulierem, quæ aut novatione, aut venditore per acceptilationem prius liberato eam obligationem in se transtulit. Dicimus in hac specie, quia mulier senatusconsulti auxilio tuta non tenetur, restitui emptori actionem adversus veterem debitorem, eumdemque venditorem: sed eam quæ temporalis sit, ut prius. Et si prius ad eam actionem movendam restabant ex tempore legitimo tantum tres menses, restabunt etiam nunc, non plures. Sic tamen, ut hoc omne reliquum tempus, quod ante interruptum, deinceps continuum futurum est, numeretur emptori tantum ex die restitutæ actionis. Et ideo si ex quo intercessit mulier, intercesserint toti tres anni cum dimidio, et amplius, quo tempore emptor primum petiit restitutionem hujus actionis, dicimus eum audiendum, quia hanc petitionem tempora in integrum restitutionibus petendis tributa largiantur, nec antea fuerit exclusa actio temporalis, quæ amissa nondum restituta fuerat. Post ubi restituta est, nihilominus habiturum emptorem reliquum tempus, quod illi ante liberationem debitoris supererat: quia hoc tempus numeretur post restitutionem non ex die intercessionis, seu liberati per intercessionem debitoris.

(4) Alter reus nihil a SCto passus est, quia actionem etiam per aliam intercessionem, in qua SCto locus, non est perinde amissurus. Quia itaque per SC. non amisit neque per idem recuperat. Hortens. *ad d. L.* 8. §. 11.

C A P. XXXII.

Quibus in caussis, et ob quæ facta mulier etiam ex intercessione utiliter obligetur, nec juvetur senatusconsulto. Totidem exceptiones senatusconsulti. Inter cætera au, et ubi mulier utiliter renuntiet Vellejano.

Rerum nexus et continuatio. I.
Cessat in muliere Vellejani auxilium aut ex causa intercessionis aut ex mulieris facto. II.
Ex causa, si mulier intercessit pro libertate aut pro dote. III.
Ex facto 1. *Si creditorem mendacio decepit.* IV.
2. *Si intercessionem post biennium nova cautione confirmavit.* V.
3. *Si vel modico pretio conducta intercesserit.* VI.
4. *Si Vellejani beneficio renuntiaverit.* VII.
Renuntiationem nudo pacto factam a muliere etiam sciente sui juris nullam esse pluribus ostenditur. VIII. IX.
Renuntiatio utilis ex triplici causa. X.
1. *Si a matre facta vel ab avia in tutela liberorum.* XI.
2. *Si a muliere, dum in eo est, ut pro eo, pro quo intercessit, sit continuo judicium acceptura.* XII.
3. *Si fiat post biennium ab intercessione.* XIII.

I. Hactenus auxilium senatusconsulti Vellejani. Jam tempestivum est monere, non esse perpetuum: in quo sunt hujus senatusconsulti exceptiones, partim ex sententia senatusconsulti receptæ a prudentibus, partim constitutionibus apertius inductæ.

II. Interdum igitur mulier etiam ex intercessione utiliter obligatur, nec juvatur senatusconsulto. Quam ob caussam et restitutoria actione hoc modo creditori supervacua constituta, una etiam et hoc posterius auxilium tollitur. Accidit hoc partim ex caussa, ex qua mulier intercessit, partim propter factum ejus.

III. Caussæ duæ, in quibus huic auxilio locus non est Justiniani constitutionibus, tantum genere ipso caussæ sine alio facto mulieris. Una caussa est manumissionis, si mulier apud dominum pro pretio libertatis, quod servus pactus erat, expromissor exstiterit. De quo ille in *L. pen. C. eod.* Inductum favore libertatis, pro qua adversus rigorem juris multa constituta esse constat. *L. generaliter, §. si quis servo, D. de fid. lib.* Altera caussa est dotis, si pro eo qui dotem promiserat principaliter, mulier fidejusserit, aut alio modo intercesserit apud maritum. De quo in *L. ult. C. eod.* Inductum et ipsum favore dotis, ut Justinianus eadem constitutione diserte testatur. Cujus favoris ratio redditur in *L. 1. D. sol. matr.*

IV. Facta mulieris senatusconsulti auxilium excludentia sunt quatuor. Primum si mulier in intercessione decepit creditorem. Puta, si (1) mentita sit negotium suum esse, de quo agebatur, non alienum, et creditor ignoravit: aut si permiserit alicui, ut alii sive marito, sive extraneo, res quæ mulieris erant, tanquam suas obligaret. *L. 2. §. 1. L. si mulier, 23. L. si decipiendi, D. eod. L. si sine, C. eod.* Ductum ex sententia senatusconsulti, quo (2) infirmitati mulierum succurritur. A quo longe abest factum ejus, quæ creditorem decipere voluit. Hinc illæ sententiæ veterum in eam rem notatu dignæ: deceptis non decipientibus jure opitulantur. Item, infirmitas fœminarum, non calliditas auxilium meruit; et infirmitati,

(1) *L. 12. C. h. t.* Quanquam ibi mulier pro dote filiæ promissa intercedens quodammodo suum negotium gerat. Refellit autem Duar. *h. t. C. 2. f.* 989. *et seqq.* Connanum qui nihil in dote speciale putat, et in *d. L. 12. et d. L. ult.* mulierem non intercedere, sed liberalitatem exercere scribit. Quem redarguit ex verbis *d. L.* ultim. *favore dotium* item *omni auctoritate SCti cessante*, quibus innuitur hoc recipi contra SC. denique, quia dotis et libertatis par favor. Ergo per *L. pen. C. h. t.* Idem est si pro marito se obligavit ad se ipsam et communes liberos exhibendos, quando marito deest unde se alet, A. Fab. *Cod. Fabr. h. t. Defin.* 8. Confirmatur quoque obligatio mulieris inanis aditione hereditatis principalis, pro quo expromisit, quasi nova ei accedat caussa, novum robur, ut jam sit in arbitrio creditoris agere cum muliere ex caussa fidejussoria vel ex caussa principali *L. 8. §. 13. h.* Cujac. 15. *Obs.* 11.

(2) *L. 26. d. L. 18. C. h. t.* Ac quisque jure in favorem suum inducto privatur ob dolum, vid. Hortens. *in L. 2. §. 2. h. t.* Duar. *C. 2. f.* 989. P. Fab. ad *L. 110. de R. I. p.* 485. et *seqq.*

non calliditati mulierum consultum est senatusconsulto. *d. L.* 2. §. 1. *d. L. si sine*; *C. eod.*

V. Secundum factum est, si mulier eamdem intercessionem nova cautione, aut nova accessione fidejussoris, vel pignoris dati confirmavit: dum id fecerit post biennium, quam intercessit. Nam ante eadem interponens nihil agit. Constitutum a Justiniano, quasi videatur, quæ post tam longum tempus id faciat, non tam pro aliena obligatione intervenisse, quam pro sua; nec facilitate id fecisse, sed judicio, quæ tandiu in eadem voluntate perseveraverit. *L. si mulier perfectæ, C. eod.* Hic una intercessio ab eodem excepta est postea Novella constitutione; intercessio videlicet uxoris pro marito, quæ ita ab illo improbatur, ut placeat eam nulla confirmatione mulieris quanvis diu multumque repetita, confirmari. *Nov. ut nul. jud. §. et illud*, unde *Auth. si quam mulier, C. eod.*

VI. Tertium factum est ejusdem principis constitutione notatum in *L. antiquæ, C. eod.* si mulier intercedens, sive ab initio, sive postea aliquid accipiat, ut se interponat, quo facto jubet eam omnimodo teneri exclusam auxilio senatusconsulti. Neque distinguit quantum acceperit: ut appareat eam, si pro magna quantitate intercesserit quanvis (3) modico aliquo accepto, nihilomagis beneficio S. C. uti posse. Credo indignam visam Justiniano eo auxilio, tanquam quæ malo more se alienæ litis redemptricem constituisset. Quod genus redemptionis maxime improbatum est etiam aliis constitutionibus. *L. pen. L. ult. C. mand.* Si sit controversia, an mulier eo nomine quid acceperit, quomodo probetur, eadem constitutione expressum est. Addidit Justinianus, hactenus mulierem ob id factum ex intercessione teneri, ut tamen si non sit solvendo, non sit ea res fraudi creditori, sed eatenus ei restituatur actio in veterem debitorem.

VII. Quartum factum mulieris in hoc genere est ejus renuntiatio, qua se dicit vel ab initio, vel postea, renuntiare beneficio senatusconsulti Vellejani, et cum sciat se eo tutam esse, si velit, se tamen eo non usuram.

VIII. Sed hæc pars magna cautione indiget. Paucis enim in caussis id receptum est. Quod jus ad alias transferri non debet. Quin de eo si quid generaliter definire volumus, ita probandum est ex jure civili Romanorum, in quo nunc versamur, mulierem intercedentem, renuntiantem pacto beneficio suo quanvis scientem (4) nihil agere, nec eo pacto impediri, quominus eodem auxilio recte quandoque utatur. Id certa ratione juris, et non dubiis de hac ipsa specie locis tam certo efficitur, ut nihil possit esse in jure civili certius. Nam quæcumque pactio est, quæcumque remissio juris sui, et generaliter quæcumque fiunt contra leges, senatusconsulta, aut alias partes juris, ea certo jure nullius momenti esse constat. *L. juris gentium. §. ait prætor, D. de pact. L. pacta quæ contra, C. eod. L. non dubium*;

(3) Hoc enim casu videtur non tam levitate quam lucri utilitate ducta intercessisse. Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 989. dicens esse qui *d. L.* 23. sic accipiunt, si tantundem acceperit quanta est summa pro qua intercessit. Quod reprobat, quia hæc species omni dubio caret. At Justinianus decidit quasi valde dubiam. Subdit tamen Duarenus si plane exigua quantitas data, in fraudem SCti, juvari mulierem, idque a judice æstimandum. Cujus arbitrio et id relinquit Menoch. *Arb. Ca.* 234.

(4) Consentit Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 17. quia eadem facilitate induci potest ad renunciandum, Eman. Soarez. *in Annot. ibid. lit. L.* Duar. *h. t. f.* 990. Tessaur. *Decis.* 222. *n.* 2. Ant. Fab. *ad L.* 8. §. 1. *Qui satisd. cog.* ex qua argumentum ducit. Qui renunciare potest exceptioni suæ; fidejussor idoneus *L.* 7. *pr. Qui satisd. cog.* Mulier non est idonea *d. L.* 8. §. 1. Ergo. Ad hæc in *d.* §. 1. conjungitur minori, qui nec efficaciter renunciat, nam et contra renunciationem restituitur; et militi, qui olim non poterat per *L.* 9. *C. de Proc.* et idem ad *L.* 54. *de Proc.* Bauchber. *P.* 3. *Q.* 34. *n.* 5. Dissent. Harmenop. *Lib.* 3. *Promptuarii tit.* 6. *pag.* 202. Fach. post alios 2. *Contr.* 60. Gail. 2. *Obs.* 77. Gud *de Cont. stip. C.* 7. *n.* 298. *et cons.* Marpur. 24. *n.* 34. *et seq. Vol.* 1. Georg. Acac. Enenkel. *Lib* 3. *de Privileg. C.* 16. *n.* 26. Phil. Matth. *ad L. de R. I. n.* 22. *et seqq.* P. Busius *ad L. ult. h. t.* Quorum rationes solutu faciles. Eorum tamen opinio consuetudine harum regionum probata et confirmata a D. Augusto electore *Nov.* 16. *P.* 2. Quando autem renunciatio tenet, requiritur ut certior reddatur hujus beneficii et admoneatur, alias juris ignorantia præsumitur, vid. Tessaur. *Decis.* 222. *n.* 3. *et* 5. Moller. *ad Nov. El. Sax.* 16. *P.* 2. *n.* 14. *et seqq.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. in præfat. n.* 98. *et seq.* Georg. Natan. *de Pact. circa Success. P.* 1. *n.* 55. Toming. *Decis.* 1. *num.* 60. Nec notario attestanti de eo in instrumento regulariter creditur, Beust. *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 247. Nec valet renunciatio in instrumento scripta, si notarius quæsitus nesciat quid sit SC. Vellejanum. Fachin. 11. *Contr.* 65.

C. de legib. Renuntiatio ista mulieris est contra senatusconsultum Vellejanum. Proin de jure inutilis. Sed et quæ in fraudem legum, aut alius juris fiunt, itidem nullius momenti esse placet. *d. L. non dubium, C. de legib.* Quod de iis quæ in fraudem senatusconsulti Vellejani fiunt, diserte scriptum est in *L. quidam, §. ult. D. hoc tit.* Hæc renuntiatio, si non est aperte contra senatusconsultum, quasi quæ non sit intercessio: at certe est in fraudem senatusconsulti. Quare et hac ratione æque inutilis, ac priore. Esse hanc renuntiationem contra senatusconsultum ita facile intelligi potest. Omnis intercessio mulieris in totum improbatur senatusconsulto, et quidem verbis senatusconsulti. *L. 2. §. ult. L. si mulier, 14.* in fin. *D. hoc tit.* At renuntiatio hæc intercessio est, et maxime intercessio. Intercedere enim est pro alio se obligare. Mulier autem renuntians senatusconsulto hac renuntiatione magis se obligat. Quare et hæc ipsa renuntiatio maxime senatusconsulto improbatur. Quod nihil aliud est, quam esse contra senatusconsultum. *L. contra, D. de legib.* Quod si cui placet hanc renuntiationem recta intercessionem non esse, eoque nec verbis senatusconsulti contineri: at certe aperte adhibetur in fraudem senatusconsulti. Hac enim renuntiatione saltem id agitur, ut mulier magis et efficacius obligetur, id quod senatus noluit. Scimus autem id dici in fraudem legis, quod lex fieri noluit, etsi verbis aperte non vetuit. *d. L. contra, fraus, seq. D. de legib.* Ex quo efficitur, quod posuimus, utraque de caussa inutilem esse istam renuntiationem, quæ aut ipsa intercessio est, aut interponitur intercessionis confirmandæ caussa, idest ejus rei, quam constat senatusconsulto improbari. Idque eo magis dicendum est, quod placet ea quæ sunt contra leges, qualis est intercessio mulieris, non dico nuda pactione, sed ne stipulatione quidem, atque adeo jurejurando confirmari posse. *d. L. non dubium, C. de legib.* quanto minus nuda juris sui renuntiatione?

IX. Auctoritas hujus sententiæ si quæritur, ea certa est in *L. si mulier perfecte, C. hoc tit.* qua cautum est, ne mulieri fraudi sit, quod ea, eum intercessisset, eamdem intercessionem nova cautione aut pignore firmavit, si id intra biennium fecerit. Atqui si non plus est in repetita ejusdem rei cautione, quam in renuntiatione: tamen illud saltem constat nihil interesse, utrum nova cautione mulier se omnino teneri velle, nec a priori obligatione recedere declararit, an vero juri suo renuntiando idem se facere velle ostenderit. Adde rationem, qua Justinianus in superiore lege utitur. Negat eam ex repetita cautione teneri debere, quia adhuc ex consequentia suæ fragilitatis in secundam jacturam inciderit. Hanc rationem nemo non videt præcipue ad renuntiationem mulieris pertinere. Nam profecto qua facilitate intercessit mulier, ut obligaretur, eadem facilitate nullo negotio adducetur, ut beneficio senatusconsulti renuntiet, quo magis ita obligetur. Non recte moventur, ut contra sentiant, qui moventur eo, quod traditum est, posse unumquemque iis quæ pro se introducta sunt, renuntiare: posse paciscendo juris sui persecutionem deteriorem constituere, ut pactioni et renuntiationi stare debeat. *L. pen. C. de pact. L. pactum, D. eod.* Intelligere enim debuerant in omni pactione hoc vere dici, sed cum hac exceptione perpetua, quæ edicto de pactis expressa est, nisi pactio sit contra leges, senatusconsulta, et cæteras partes juris. *L. juris gentium, §. ait prætor; D. de pact. L. pacta quæ contra, C. eod.* Jam autem confectum est, idque etiam non observari turpe, ut intercessio mulierum est contra senatusconsultum, sic et omnem renuntiationem quæ eamdem intercessionem habeat, aut id agat, ut eam confirmet.

X. Sunt tamen quædam caussæ, in quibus placet utilem esse hanc renuntiationem, ut ea interposita denegetur mulieri auxilium senatusconsulti. Quæ ne ad exemplum trahantur, transferanturque ad alias omnes, in quibus eadem interveniat renuntiatio; facile videbimus in his propriam quamdam actionem esse, quæ sua sponte hanc renuntiationem excludat in cæteris. Eas caussas tres esse animadverto.

XI. Una est in matre aut avia tutelam liberorum suscipiente; quas placuit ita tutelam subire posse etiam ante agnatos, si auxilio Vellejani renuntiaverit. *Auth. matri et aviæ, C. quand. mul. tut. off. fun. pos.* Renuntiatio tum profutura, cum forte se pro pupillo obligaverint creditoribus, aut judicium suscipientes caverint judicatum solvi. Alioqui futura inutilis, si de sua tantum administratione caverint, ubi scilicet se principaliter obligant, non intercedant. *L. si mater, C. hoc tit.* Hanc vim istius renuntiationis in hac caussa rei necessitas expressit. Primum enim fuit, ne mater et avia, utpote fœminæ, ad tutelam admitterentur, ut fuit jus antiquum. *L. 1. C. quand. mul. tut. off. fun. pos.* Proximum, ut si placet admitti, admittantur ita, ut tutelæ officium recte

impleant. Quod ita fit, si ubi opus est pro utilitate pupillorum, obligentur: nec possunt utiliter obligari, nisi Vellejano renuntiaverint utiliter.

XII. Altera caussa est vetus, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, et caverit se senatusconsulti exceptione non usuram. In qua specie, cum mulierem audiri placet, si ita caverit, ut declaratur in *L. ult.* §. *pen. D. hoc tit.* apparet hoc dici, etiam utiliter hoc ab ea caveri. Hanc renuntiationem eadem necessitas juris admisit, quæ superiorem Nam si mulier vellet pro debitore solvere, licere id ei facere constat. *L.* 4. *D. eod. L.* 4. *C. eod.* Liceat igitur ei et pro debitore (5) judicium accipere ejus liberandi caussa. Nam et hoc pro solutione est et quidem invito debitore. *L. solutione D. de solut.* Hoc admisso, quod juris ratio postulabat, consequens fuit, ut pro commodo actoris ista conditione admitteretur, si caveret se, si condemnaretur, senatusconsulti auxilio non usuram, ne scilicet creditor decipiatur. Quod alioqui futurum est, si pro arbitrio suo mulier retardet petitionem creditoris judicium suscipiendo, deinde post illum deludat confugiendo ad exceptionem, quod est contra mentem senatusconsulti. Nisi quis dicat mulierem judicium hoc casu volentem accipere non fuisse audiendam, nisi statim solvat. Quod admittendum non est. Nam si vellet solvere, audiretur, ut dixi. Nunc idem facere vult. Sed prius postulat de debito sibi liquere per judicem. Negat enim deberi, quod petitur. Aperte æqnum postulat: dum renuntiatio ejus solutionem futuram certam faciat. Quod ita fit, si eam renuntiationem utiliter interponat.

XIII. Tertia species admittenda videtur, in qua hæc renuntiatio sit utilis, si mulier post biennium, ex quo intercessit, (6) renuntiaverit senatusconsulto. Hæc enim renuntiatio, nova quædam est cautio et confirmatio obligationis, cum cavet mulier se intercessione ita deinceps obligari velle, ut profiteatur se nolle uti senatusconsulti exceptione. Quæ confirmatio ita recipitur post biennium Justiniani constitutione, ut beneficium senatusconsulti illi adimat. *d. L. si mulier perfectæ*, *C. eod.* Cætera, quæ colligit in hoc genere Accursius ad *L.* 1. *D.* et ad *L. ult. C. eod.* non sunt habenda inter hujus senatusconsulti exceptiones, cum in his mulier obligata in rem suam, et suo nomine non intercedat.

(5) Hic non renunciat exceptioni in contrahendo, sed post interpellationem factam in judicio, Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 992. Et si vere rem perpendas, nec est hæc exceptio. Quia mens Senatus non ut cogatur mulier eo beneficio uti, sed ut possit si velit, A. Fab. *ad L.* 8. §. 1. *Qui satisd. cog.* Adde quod ratio SCti hic cessat. Levitas videlicet qua inducitur mulier ad facile intercedendum, sperans illum, pro quo intercedit sua die soluturum ne ipsa conveniatur.

(6) Quid si juramentum accesserit. Valere intercessionem etiam sine renunciatione, Beust. *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 248. adde Sotser. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 25. *n.* 31. *et* 2. *seqq.* Tessaur. *Decis.* 222. *n.* 10. *et seq.* Jo. Gutierez. *de Juram.* confirmatur *P.* 1. *C.* 20. *n.* 2. Covar. *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 3. *n.* 8. Et renunciationem tunc valere etsi non fuerit certiorata, Tiraq. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. in præfat. n.* 116. *per C. ex rescripta* 9. *de Jurejur.* Quod quomodo hoc probet non video.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

LIBER DECIMUSTERTIUS

De singulorum conctractuum natura, vi et potestate: Quæ hic singulorum obligatio propria, quæ præstationes, quæ ad eas obtinendas, actiones. Atque hæc hoc libro de his conctractibus, qui consensu solo perficiuntur.

CAP. I.

De emptione et venditione: Quid sit; et quibus rebus perficiatur. Quæ hic personarum, rerum, factorum distinctio: Quæ verborum notatio.

Transitio, methodus, et partitio rerum. I. II.
Emptio venditio quid. Singulis in illa factis et personis sua cuique tributa appellatio, et quare. III.
Promiscue tamen veteres ex his appellationibus alteram pro utraque significanda usurparunt. IV.
Duo, quasi materies emptioni et venditioni subjecta, res seu merx, et pretium. Rei quæ veneat qui sensus et interpretatio. V.
Pretium in emptione necessarium et quæ hinc consectaria. VI.
Debet in pecunia numerata consistere permutationis ab emptione differentia, duo hanc consequuntur, et quæ. VII.
Item esse certum, sive dicta ab initio quantitate, sive facta pretii demonstratione. Demonstratio qualis et unde ducatur. VIII. IX.
Num valeat emptio, si pretium sit in arbitrium certæ personæ collatum. IX.
Licet illa multo pluris aut minoris rem æstimet. X.
Etiam si contrahentium alteri permittatur arbitrium. Contrariis occurritur. XII.
Quid si pretium generaliter arbitrio alieno permissum. XI.
Finis emptionis proprius qui; et quæ huic contraria. XIII. XIV.
Conclusio, et de Arrhæ datione. XV.
Si scriptura emptioni adhibeatur: quæ forma observanda. XVI.
Illius formæ neglectu quatenus emptio valeat, si arrhæ datio interveniat. XVII.

I. Instituta superiore libro de obligationibus ex contractu tractatione: quod ordine in hac re faciendum fuit, ut de caussa hujus obligationis primum, deinde de effectu quæreretur, id et nos secuti, ab eo, quod hic primum fuit, orsi sumus, ac de contractu hactenus diximus, ut quid esset, et ubi esset, quæcumque proponeretur conventio, posset intelligi. Neque superior dissertatio omnis utrumque latius patens alio spectavit; quam ut hoc ipsum effectum daret. Nam cum contractum definissemus duorum pluriumve consensum in hoc, ut unus alteri quid daret aut faceret; sed consensum jure ad eam præstationem comprobatum: non solum necesse fuit ostendere, ubi il-

consensus esset, quem dixi: sed etiam oratione persequi et explicare eas res sive caussas, quibus fieret, ut consensus iste jure ad eam præstationem comprobaretur. Idque ita fecimus. Nam cum hæ caussæ positæ essent in conventione ad obligationem pariendam recepta; in fine dandi accipiendique legitimo; in rebus idoneis in obligationem deductis; in persona promittentis, ut esset, qui obligari posset ei, cum quo res geritur. De his ordine diximus. Quibus cognitis, expleta nimirum definitio est. Iisdemque concurrentibus, intelligimus exsistere id factum, quem contractum vocamus, unde et nascatur obligatio hujus generis. Simul illud fit, quod dixi, nulla ut possit proponi conventio, atque adeo nullum factum, quod conventionem vel tacitam in se habeat, de quo an insit in eo contractus necne, facile ac statim judicare non possimus. Hoc posito, in conventione, et negotio gesto, quod proponitur, contractum inesse, sequitur effectum, scilicet ut quam vim contractus habeat, quid efficiat, cognoscamus. Effectus est illa obligatio, quam ex contractu nasci dicimus. Ea qualis sit, quid contineat, quas præstationes, quam istas exigendi necessitatem adjunctam habeat, quæritur; de quibus deinceps dicemus.

II. Et quæcumque ex contractu obligatio ac præstatio est, ea aut contractus natura constat, aut contrahentium conventione. Natura contractus est, potestas jure cuique contractui attributa, qua fit, ut illud aut illud præstari debeat sine alia manifesta conventione contrahentium. Conventio est, qua exprimitur, quid quoque in contractu contrahentes inter se servari, et præstari velint. Natura cujusque contractus propria est; conventio nullius propria, pro arbitrio contrahentium extrinsecus adhibetur. De natura ergo contractus, quid ea ferat, quando hæc contractum proprie attingit, prius dicatur. Ac primum hoc statuatur, quod modo indicavi, naturam contractuum non omnium unam esse et communem. Propriam cujusque conctractus hanc esse. Ideo pro specie cujusque distingui. Alia est natura eorum contractuum, qui consensu solo peraguntur; alia eorum, qui re fiunt. Sed et in his ipsis generibus singulæ species utriusque generis propriam naturam ab aliis distinctam habent. Puta aliud exigit emptio, aliud locatio, et similes contractus; aliud mutuum, aliud commodatum, et similes. Quocirca qui naturam cujusque contractus, atque hinc propriam cujusque obligationem nosse volet, necesse habet duo præstare. Primum exacte cognoscere speciem ipsam cujusque contractus, de cujus obligatione quæritur. Sic deinde ad ejus naturam descendere, ex qua de obligatione ejus propria judicetur. Quod et in his jam faciemus, orsi ab emptione, et deinceps contractus reliquos persecuturi eodem ordine, quo a me in conventionibus legitimis antea propositi fuerunt.

III. Emptio et venditio est (1) contractus mutuæ præstationis, quod id agitur, ut pro pecunia danti res tradatur. Neque interest, utrum jam nunc pecunia detur pro re, quæ eo nomine tradatur; aut e converso res tradatur pro pecunia, quæ detur eo nomine, an vero de his invicem ita præstandis inter aliquos conveniat. Meminisse enim oportet emptionem solo consensu contrahi. Sic fere describitur hæc species in *L. naturalis*, 5. in pr. *D. de act. empt.* Itaque emptio et venditio duorum factorum diversorum appellationes sunt; sed contractus unus his factis mutuis constans. Qui quo magis intelligeretur, singula in eo tum facta, tum ex factis personæ contrahentium, tum res ipsæ in contractum deductæ, certis ac propriis nominibus designata sunt a veteribus. Is a quo res traditur, aut tradenda est, dicitur vendere, verbo composito a venum et do, ut Grammatici docent; ut sit vendere quasi venum dare; idest facere, ut ab eo, qui tradit, aut traditurus est, res exeat, et veniat ad eum, cui traditur. Unde res quæ traditur, dicitur venum ire; uno verbo venire. Hinc venditor, qui rem tradit pro pecunia. Hinc hujus factum venditio. A quo autem pecunia est, quam det pro re tradita, emere dicitur: verbo ita facto, ut sit quasi e tuo (2) meum facio. Hinc emptor, qui pecuniam dat pro re, et hujus factum emptio.

(1) Volt. *pr. I. h. t. n.* 7. Contractus ex consensu de re certo pretio habenda. Gœd. *ad L.* 66. *pr. de V. S. n.* 2. et *de Contr. stip. C.* 161. Contractus juris gentium qui consensu de re et pretio perficitur. Fab. de Monte *de Empt. Q.* 1. *princ. n.* 1. Contractus bonæ fidei, ultro citroque obligatorius qui consensu re et pretio perficitur. Aliter alii, vid. Moz. *de Empt. Col.* 1. *n.* 9 *et seqq.* Sed parum refert.

(2) Vel a Gr. ἐμὸν, ut post Conānum 7. *Comm.* 6. Rom. 1. *Animadv.* 8. quia veteres teste Festo *Lib.* 1. *post initium Lib.* 5. *initio et Lib.* 16. *emere* pro *sumere* et *accipere* usurpabant. Ut quocunque genere quid fieret meum, id emere dicerer, si modo in hoc, ut meum fieret, acciperem. Unde et emi auctoribus Latinis passim dicuntur, quæ alia re quam nummis parantur, ut ex Horatio, Virgilio aliisque probat Robertus. Quæ

Rursum res quæ traditur, dicitur merx, quasi merex a merendo: quoniam res in emptione ea est, quæ meret pretium, idest facit, ut simus digni eo pretio, quod pro ea penditur. Hinc mercari pro emere: et res mercales ae promercales, venum expositæ. *L. mercalem*, *C. de cond. ob turpem caus.* Pecunia quæ datur, dicitur pretium, quasi (3) peritium auctore Varrone *Lib.* 4. *de ling. lat.* Est enim pretium ea æstimatio rei, quæ a peritis æstimatoribus constitui solet pro rei cujusque dignitate. Hæc istis nominibus ita notata et distincta sunt a Paulo in *L.* 1. *D. de contr. empt.* et *L.* 1. *D. de rer. perm.* Verborum distinctio maxime eo quæsita, ut ex verbis rerum ipsarum significatio et distinctio, ex rebus distinctio, actionum ex empto, et ex vendito in ipsa emptione intelligeretur. Extra emptionem autem ut videre liceret, quantum intersit inter emptionem et permutationem. Earum enim caussarum differentia ex superiore rerum distinctione sumitur, quæ distinctio in permutatione nulla est. *d. L.* 1. *de rer. perm.*

IV. Apparet autem ex hac distinctione, sic facta et res superiores diversas esse, ut nunquam vendere sit emere, nunquam venditor idem et emptor, nunquam emptio sit venditio, aut contra; nunquam merx pretium, aut contra, *d. L.* 1. *de rer. permut.* Quid est igitur quod dicitur in *L. veteres*, 19. et *L. seq. D. de act. empt.* veteres in emptione et venditione his appellationibus promiscue usos esse similiter ut in locatione et conductione? Id hanc sententiam habet, promiscue eos usos esse, non ut uterentur (4) uno pro altero, quasi unum esset alterum, sed ut uno promiscue uterentur

non tam argumentis elidit, quam acerbis et indignis cavillis eludit Cujac. 1. *not. Merc.* 8.

(3) Hot. *ad §. pretium* (est vers. *ult. pr.*) *I. h. t.* Gœd. *ad L.* 193. *de V. S. n.* 2. quia statui debet ex opinione communi eorum qui rerum istarum periti, non ut cuique videbitur. Facit *L.* 63. *pr. ad L. Falc.* vid. *supr. Lib.* 8. *C.* 24. *N.* 14. *et N.* 11 Justa Nonium, quod præest et demonstret quis cujusque rei valor. Hopper. *Lib.* 4. *ποιδανων pag.* 158.

(4) Ut Rob. 1. *Animadv.* 8. A. Fab. (sed nude) 6. *Conject.* 9. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 2. *et* 3. quia venditor pro emptore *L.* 34. *pr. de Contr. empt. L.* 7. *§.* 4. *pro empt. L.* 13. *§.* 25. *de act. empt.* et contra emere pro vendere *L. un. C. si serv. extero*, et Locator, ait Vultejus pro conductore *L.* 9 *§.* 3. *Locati.* Addit Robertus suffragari originem vocis, quia uterque agit et ut acquirat et ut a se abalienet, unus nummos, alter mercem. Quare uterque illo respectu emptor, hoc venditor dicetur. Sed recte notator, et Connan. 7. *Comm.* 6. *n.* 2. Mozz. *de Empt. Col.* 1. *n.* 7. *et* 8. Rad. Forner. 4. *Rer. Quotid.* 9. Muret. *Obs. juris* 3. Venditorem, ait, pro emptore qui accipiat, etiam album pro nigro accepturus videtur. Ad *L.* 34. *pr.* Resp. nego ibi vel cum Cujacio pro *venditor* reponendum *emptor*, vel cum Vultejo, intelligendum, quia ratio subjecta *plerasque enim res*; huic intellectui minime convenit. Et pactio obscura nocet quoque emptori si ab eo dicta, de quo forte alibi. Ad *d. L.* 7. *§.* 4. Resp. Cujac. 1. *no. Merc.* 8. emptorem ibi hominis deinde eundem alii vendidisse. In *d. L.* 13. *§.* 25. actio ex empto dicitur, quæ datur venditori, quia significatur totus contractus, eo modo quo Donellus exponit, vel κατ'ἐκλοψιν, quia integra appellatio est, ex empto vendito. Cujac. *d. loc.* Sic et verbum *emi* in *d. L. un.* sumitur pro toto contractu, vid. Donell. *ad d. L. un.* qui fuse illam obscuram legem declarat. Duriusculum videtur quod ex *d. L.* 9. § 3. *Locati* a Vultejo objicitur. Sed et id evitandi ratio est. Conjungi enim debet *d.* § 3. *cum §. præced.* ubi omne periculum, etiam vim majorem, in se recepit conductor. Subjicit ICtus. Quid si ea lege sive conventio locationi adjecta, ut innocentem ignem habeat conductor, quis damnum præstabit? Videri poterat de diligentia sua et custodia tantum cavisse et promisisse conductor, per se suosve non fieri, ne damnum ex incendio oriatur. Contra IC. hac ipsa conventione id actum interpretatur, ut casus quoque incendii fortuitus præstaretur. Unde id? Nimirum quia conventio ita accipienda, ne sit frustra adjecta et ut aliquid operetur, ultra communem locationis naturam, qua damni sua suorumve culpa illati præstatio continetur. Vis igitur illius pactionis ea *ut habeat*, id est, præstet *ignem* generatim, non suum culinarem et focarium tantum, *innocentem*, id est, ne nocumentum adferat locatori. Quocirca *non præstet periculum locator*, sed conductor nisi *culpa locatoris damnum dederit*, seu caussam incendio præbuerit. Non itaque locatoris verbo conductorem intelligemus, nec cum Gothofredo ibid. *locatori* legere necesse est. Nec etiam *locator is*, duabus vocibus, ut placere memini Val. Guil. Forstero, quia eodem sensu et illi loco convenientius dicitur culpa locatoris damnum facere quo locator is culpa, seu per culpam. Denique nec etymon refragatur. Licet enim ex primævo vocis ortu, itemque L. 12. tabb. acceptione, omnis alienatio emptionis verbo veniat, *L.* 29. *cir. fin. de statu lib.* cum et omnes fere contractus per emptionem, sive veram sive imaginariam, celebrari solerent, vid. *supra N.* 2. *Lib.* 6. *Cap.* 6. usus tamen juris, sequenti ætate, aliud tulit, vocem generis ad certam speciem revocans, *L.* 1. *L. ult. de Permut. L. ult. C. de pact. int. empt. L.* 7. *§.* 3. *et* 4. *de reb. cor. qui sub tut.* Unde quoque Alc. 3. *Parerg.* 22. et

pro utroque, sive uno ad utrumque intelligendum: ut si vellent totum contractum intelligi, sufficeret his vel emptionem solum dicere, vel solum venditionem. Et res atque usus loquendi sic habet. Qui emptionem dixit, simul dixit venditionem: et e diverso qui dixit venditionem, idem dixit emptionem. Ut ad utrumque significandum promiscue alterutro uti liceat. Non sane verbi significatione, quasi hæc sint eadem emptio et venditio, emptor et venditor: sed rerum ipsarum et factorum necessaria conjunctione. Sunt enim hæc inter se relata, quorum unum non potest esse sine altero. Non enim est venditor, nisi sit, qui venditum emat; nec emptor quisquam, nisi sit, qui prius vendat. Proinde nec venditio sine emptione, nec emptio sine venditione.

V. Hactenus definitio emptionis, et ad eam accommodatæ rerum, factorum et personarum, quæ in emptione versantur, appellationes. Quid contineat definitio, ad naturam contractus amplius cognoscendum est. Habet enim hæc conventio, ut apparet, plures partes. Cum eas distincte notatas et probatas esse expedit, quo plane et certo quando emptio contracta sit, intelligatur; tum vero insunt in his pleraque, quæ nisi aperte proponantur, non statim eruantur ex definitione, ac sine his non magis sit emptio. Res ergo sic habet, eaque vis est superioris definitionis. Præter (5) consensum, qui omnium contractuum est communis, constat emptio et venditio rebus certis, et fine dandi tradendique certo. Res duæ emptionis propriæ. A venditore res seu (6) merx; ab emptore pretium. Sine re, quæ veneat, nec emptio nec venditio potest intelligi. *L. nec emptio*, 8. *D. de contr. empt.* Quod cum dicimus, non hoc intelligi debet, sine re quæ sit in rerum natura, aut hominum commercio: sed sine re, quæ verbis conventionis exprimatur, quam venditor pro exstante, et privata vendat, pro qua et pretium statuatur. Cæterum re aliqua expressa, quæ venderetur, quamvis in rerum natura non sit, ut bos mortuus, fundus qui chasmate perierit, aut non sit in hominum commerciis, ut liber homo, res sacra aut religiosa; si pro exstante et privata veneat, duo emptor ignoret, emptio contrahitur. *L.* 4. et seq. *D. de contr. empt.* non sane ut de re, quæ tradi et transferri non potest, emptio teneat; sed ut valeat in hoc, quo emptori ex empto adversus venditorem sit actio in id, quod interfuit ejus non decipi. *L. qui officii*, 62. §. 1. *L. de contr. empt.* Sane et sine re expressa, quæque vere subsit, emptionem contrahi posse in una specie receptum est. Ea est, cum emitur alea, id est res, cujus captus ex incerto eventu pendet, ea lege, ut sive evenerit, sive non evenerit, tamen pretium præstetur. Id accidit cum emitur jactus (7) retis, seu captus piscium vel avium, vel mis-

ad L. 2. de V. O. expositio concidit, quæ et ex *L. seq.* 20. refellitur. Quis enim dicet *Locationis* verbum ita generale unquam fuisse, ut omne alienationis genus complecteretur, et ex ipsa *L.* 19. Differunt enim promiscue uti et in latissimo significatu accipi. Ac licet perplures leges quibus contractus omnis quo dominium transfertur emptionis verbo veniat, adducat Fab. de Monte *de Empt. Q. 2. principali n.* 1. *et seqq.* in omnibus tamen fit fere mentio extensionis, quod de emptione constituta in aliis contractibus, quoad illas causas, locum habeant: Extensio autem non ex verbis, sed sententia ad similia non eadem, nec a genere ad speciem; sed a specie ad speciem diversam. Superest acceptio Cujac. 9. *obs.* 15. quasi locatio venditio, conductor emptor et contra vocati fuerint, per *L. 2. pr. de contr. leg.* et quia mancipes ementes Hygeno qui conducebant. Unde pro *idem est* reponit, *id est*. Quæ Hotomannus *ad L.* 10. *C. de Usuf.* priorem se advertisse et in comm. verb. juris exposuisse scribit. Sed non est quod Hot. inanem gloriam Cujacio invideat. Nam et ea lectio inconcinna, ut Rob. 1. *Animadv.* 9. monstrat, et sententia falsa: Junguntur emptores fructuum, in d. *L.* 21. *pr.* colonis sive conductoribus, non confunduntur: imo per voculam *vel* discernuntur. Nam et fructuum emptio est *L.* 8. *pr. h. t.* Et manceps, auctore Festo *Lib.* 11. quisquis a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse. Unde et mancipatio, et res mancipi.

(5) *L. 9. pr. h. t.* Vulgo tria esse substantialia. Consensum, rem ac pretium. Fab. de Monte *Q. 1. pr. n.* 4. *Q. 5. pr. n.* 1. Mozz. *de Empt. Col. 3. de substantialib. Emptionis.* Vult. *pr. I. h. t. n.* 9. Consensus autem contrahentium sufficit, nec requiritur etiam propinquorum ac consortium. Improbatum enim legibus Romanis jus retractus *L. dudum* 14. *C. h. t.* Duar. *h. t. C.* 4. de quo fuse Tiraq. *in præfat. Lib. de Retr. lign.* Quia impedit libertatem de re sua disponendi. Timor enim retractus animos licitantium minuit, pretia infringit, ait Curt. 2. *Conj. ad Fr.* 15. Nec falsa ratio Imperatorum ceu vult Oldendorp. *de I. et Æquit. Tit.* 8.

(6) Merx loco materiæ, pretium loco formæ. Hopper. *Lib.* 4. *ποιδανών p.* 139. Propria tamen merx non omnes res venalitias, sed mobiles, nec in his homines continet, *L.* 66. *L.* 207. *de V. S.* vid. Goth. *in d. L.* 206.

(7) Ubi nihilominus emptio pura, ac licet nihil in rete inciderit, tenet. etc. Spes enim tandiu loco rei, quoad res existat: etsi non-

silium, vel ferarum in venatione. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiam si (8) decuplo pluris sit, quam pretium constitutum. Si nihil capitur, ipse emit aleam, id est spem incertam, pro qua nihilominus pretium constitutum præstare cogitur, *d. L. nec emtio. de contr. empt. L. cum hereditatem. D. de her. vel act. vend. L. si jactum. D. de act. empt.*

VI. Ab emptore pretium esse oportet. Sine pretio æque emptio nulla est. *L. 2. D. de contr. empt. §. pretium. Inst. eod.* Ideo si quis pretium in venditione ita ponat, ut donationis caussa non sit exacturus; si quidem donationis caussa minoris vendit, emptio valet. Licet enim, quod pluris est, minori pretio vendere: præterquam si inter virum et uxorem venditio interdicatur: quæ etiam viliori pretio facta nullius momenti est. Hæc in *L. si quis donationis, 38. D. de contr. empt.* sin id agitur, ut universum pretium condonetur, placet nullam esse emptionem. *L. cum in venditione, 36. d. L. si quis, D. eod.* scilicet quia ibi nullum est pretium, ubi pretii donatio est: pretium autem exigimus. Sed etsi prætextu pretii quæsito res vendita sit (9) nummo uno, æque emptionem nullam esse dixerimus: quia non minus et hoc donationis instar habeat, utpote adhibitum ut donatio tegeretur. Hoc quidem Ulpianus de conductione scribit in *L. si quis, 46. D. loc.* sed ratio ejus generalis est, quæ non minus ad emptionem pertinet. In summa imaginaria est, non vera venditio, quæ fit pretio vere non accedente. *L. imaginaria, D. de reg. jur.* Quam et ipsam ob caussam dicitur hujusmodi venditio omnis pro non facta esse. *L. nuda, 55. D. de contr. empt.*

VII. In pretio duo desiderantur, quæ definitio brevius indicat. Primum ut pretium consistat in quantitate, seu pecunia numerata. *L. empti, C. de contr. empt. §. item pretium, Inst. eod.* Si pro re alia res detur, constat (10) esse permutationem. Et quoniam permutatio est, obtinuit sententia Proculi et Nervæ, idcirco emptionem et venditionem non esse, repudiata Sabinianorum contraria sententia. Idque eo argumento, quod ante indicavimus, quod in emptione et venditione res et facta contrahentium ista distincta es-

exsistat, spes, non res empta, Vult. *pr. I. h. n.* 33.

(8) Ut non sit locus *L. 2. C. de resc. vend* nec in æstimatione ejus quod extractum *L. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Forcat. *Dial.* 43. *n.* 4. Vinc. Gabot. 2. *Disp.* 24.

(9) Fab. de Monte Q. 5. *pr. n.* 21. Cujac. *ad L.* 16. *de R.* 1. P. Fab. *ibid.* Arumæ *Decis.* 1. *n.* 6. *et* 7. *et per L.* 10. *§. ult. de aq. poss.* ubi nummus pretio opponitur. Quin et in imaginaria venditione nummus accedebat, Cai. *Inst.* 6. §. 4. vid. et Budæ. *Lib.* 1. *de Asse pag.* 32. Quin adumbratam esse hanc venditionem arguit Horat. *Satyr.* V. *in fin.*

.... Seu fundi, sive domus sit
Emptor, gaudentem nummo te addicere...

Ubi Porphyrio vetus interpres: *Genus erat donationis, in quæ quando aliquid donabatur, nummum dabant; ut emisse viderentur*, licet aliter exponat Lambin. *ibid.* Nec obst. *L.* 66. *de Inst. dot.* Deciditur enim ibi quæstio ex æquitate contra subtilitatem juris, ut ostendit Duar. *ad d. L.* 10. Diss. Treutl. *Vol.* 1. *Disp.* 28. *Th. ult. lit. H.* Nec vana hæc quæstio: Multis enim interdicta donatio; promissa venditio, et contra. Multa de venditione constituta quæ in donatione non obtinent, actionis ædilitiæ, evictionis remedia etc. Male quoque Fopp. ab Æzema 2. *Dissert.* 1. uno nummo interpretatur paucis nummis seu vili pretio. Nam uno nummus unus non est vile pretium, sed nullum *d. L.* 10. *pr.*

(10) *L. 7. C. d. t.* Quoad constituendam scilicet obligationem ex empto. Caeterum volenti deinde in alia re satisfieri potest, contractu per hoc non mutato *L. 8. C. de resc. vend.* quia initium, non exitum spectamus circa formam ac distinctionem contractuum; Gœd. *ad L.* 70. *de V. S. n.* 3. *et ad L.* 187. *n.* 3. Schneidvin. *in §.* 2. *I. h. t. n.* 1. Pinel. *P.* 2. *Rub. C. de resc. vend. C.* 1. *n.* 16. Re autem ab initio data nihil refert etsi contrahentes emptionem nominent *L.* 6. *de præsc. verb. L.* 6. §. 1. *de act. empt.* Pinel. *d. C.* 1. *n.* 12. *et* 2. *seqq.* Quid si pro re res et pretium mistum dentur. Vid. Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 10. Tiraq. *de Retr. lign.* §. 30. *Gl.* 1. qui sic: 1.° Spectari quid principaliter egerint contrahentes. 2.° Si id non liqueat inspici quod prævalet. 3.° Si species et pretium æqualis æstimationis, actum denominari a digniori, itaque permutationem censeri, quæ dignior quia antiquior. Varias sententias refert ac expendit. Pinel. *d. P.* 2. *C.* 2. quem adi. Quid si pecunia major minutiori mutetur, ut fit a nummulariis et (ut vocant) campsoribus? Permutatio est, quia merx et pretium in emptione diversa, nisi altera detur ad pondus, altera ad numerum, post Connan. 7. *Comm.* 5. Pinel. *P.* 1. *Rubr. C.* 3. *n.* 15. (De necessitate emptionis et nummi inventi) perquam convenienter ICto *in d. L.* 1. *pr. h. t.* Aristot. 1. *Polit.* 9. *edit.* Pacii (*al* 6.) et 5. *Eth.* 8. (*al* 5.) De antiquitate emptionis, itemque nummorum origine ac inventoribus Plin. *Lib.* 8. *C.* 56. Polyd. Virgil. *Lib.* 2. *de Rer. invent. C.* 20. Vacon. 1. *Decl.* 12. Forcat. *Dial.* 48. Pinel. *P.* 1. *Rub. C. de resc. vend. C.* 1. Balduin. *ad L.* 12. *sub.* 5. Charond. 1. *Verisim.* 1. *et* 3. *Verisim.* 11. Gœd. *ad L.* 4. *de V. S.* etc.

sent, ut nunquam unum posset esse alterum. Quæ distinctio nec est, nec intelligi potest in permutatione: in qua si ex contrahentibus is, qui rem dat, venditur est, ambo sunt venditores, quia ambo rem dant invicem: si est emptor, ambo sunt emptores. Item si una res ex his, quæ interveniunt, merx est, ambæ sunt merces: si una pretium, ambæ sunt pretia: quia utrinque pariter res dantur. Summa hæc est disputationis Pauli in *L. 1. D. de contr. empt.* et *d. L. 1. de rer. perm.* exstat item in *§. item pretium, Inst. de empt. et vend.* Neque hoc discrimen de verbis tantum est, ne quis forte ut non magni momenti contemnendum putet. Horum utrum dicamus, in re multum interest. Ac summa differentia hæc est, quod emptio solo consensu obligationem parit. *Inst. de oblig. ex cons.* Permutationis conventio non nisi ex re secuta. *L. ex placito, C. de rer. perm. L. 1.* illic, *item emptio, D. eod.* Cui jam differentiæ hæc duo sunt consequentia: in emptione quidem ut placito emptionis interposito, utrique ex contrahentibus adversus alterum ultro sit actio de eo, quod debetur, quanvis qui agit, nihil dum ipse præstiterit; tantum ut quod debet, offerat, ut postea dicetur. *L. ex empto* 11. in prin. *L. Julianus*, 13. *§. offerri. §. ex vendito, D. de act. empt.* Ei vero qui jam præstiterit quod debet, multo minus sit actio ad revocandum, quod dedit, tradidit: quia si is qui accepit ultro actionem habuit ad petendum, multo magis eo accepto exceptionem habere debet ad idem retinendum. *L. invitus, §. 1. D. de reg. jur.* In permutationis autem placito contraria de caussa utramque contra accidit: scilicet ut solus possit petere id, de quo convenit; qui prius rem ipsi dederit permutationis caussa: *d. L. ex placito.* Et qui rem dedit, priusquam acceperit vicissim, quod oportuit, possit revocare datum ex pœnitentia tanquam ob caussam datum caussa non secuta: cum nulla re obstringatur ad id relinquendum, ad quod præstandum non fuit obligatus. *L. 5.* in pr. *D. de præscr. verb.*

VIII. Alterum desideratur in pretio, nempe ut sit (11) certum. In quo sciendum est, nihil interesse, utrum jam ab initio certum dictum sit, an verbis ita constitutum, ut postea certum fieri possit, ac postea tale esse incipiat. *§. certum. Inst. de empt.* Certum dicitur jam ab initio expressa quantitate; ut si fundus nominatim venditus ait centum aureis. Sic constituitur verbis, ut postea certum fiat, addita ea demonstratione, unde postea hæc certitudo sumatur. Demonstratio ad eam rem idonea aut ex (12) præterito præsentive ducitur, aut ex futuro. Ex præterito præsentive, cum pretium refertur ad aliam quantitatem non expressam quidem verbis, sed quæ certo loco, aut certa persona designetur, unde et illa quantitas requisita, certitudinem accipiat. Ut in hac venditione, fundus ille mihi emptus est, quanti tu emisti: quanti emptus est a testatore: quantum (13) in arca habeo. Si a te, si a testatore certo pretio emptus est, si quid in arca habeo, emptio valet; et tanti fundus mihi emptus intelligitur. *L. hæc venditio. 7. §. penult. L. si quis fundum*, 37. *de contr. emp.* Et quidem hoc casu statim, quasi pretio jam ab initio certo constituto. Quid enim interest ad certitudinem rei quomodo res designetur, verbis, an alterius rei demonstratione, quia fiat, ut nihilominus res intelligatur? *L. certum, D. si cert. pet.* Nihil ad rem pertinet, quod ab initio pretium incertum est apud contrahentes. Satis est, quod per rerum naturam, et, ut loquitur Ulpianus, in rei veritate certum est, *d. L. hæc venditio, 7. §. pen.* Bene enim Justinianus: *quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, etiam si apud nos incerta sint. §. conditiones, Instit. de verb. obl.*

IX. Ex futuro demonstratio sumitur, cum pretium in alterius certæ personæ (14) arbitrium collatum est, hoc modo: fundus ille

(11) Nec probat instrumentum referens emptionem non expresso pretio, ubi nec testes nescientes illius quantitatem. Pinel. *in Rub. C. de resc. vend. P. 2. C. 1. n. 7.*

(12) Sive per se ipsum, sive relatione ad aliud, Vult. *pr. l. h. t. n.* 46. Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 9. Pinel. *de Rub. P.* 2. *C.* 1. *n.* 1. et 2.

(13) Quid si dicatur: Pro eo pretio quod in arca habeo? Accurs. et vulgo DD. et Mozz. Col. 3. *de Substantialib. Emptionis n.* 44. venditionem valere negant, nullati a Fab. de Monte *Q.* 5. *princ. n.* 34 Pinel. *d. P.* 2. *C.* 1. *n.* 3. quia substantia et effectus attendi debet, non sonus verborum. Vasq. *Lib.* 1. *de success. creat.* §. 10. *n.* 94. Fach. 2. *Contr.* 1.

(14) Bot. 5. *Obs.* 21. Arbitrii duplex conditio 1.° Ut in certam personam collatum eam non egrediatur. Ergo illa non arbitrante nihil actum *d. L. ult. d. L.* 25. *L.* 75. *Pro soc.* etiam in stipulationibus *L.* 43. *de V. O.* 2.° Ut ubi pronunciatum est, ad viri boni æquitatem redigatur, id est, corrigatur in bonæ fidei negotiis *L.* 24. *pr. Locati L.* 22. §. 1. *de reg. Jur.* contra in stipulationibus, arg. *d. L.* 43. ubi plurib. de hoc arbitrio Donellus.

tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit. Est hic quidem pretium ita constitutum, ut a principio et contrahentibus, et natura ipsa sit incertum, ut apparet. Sed tamen ità, ut eventu, idest conditione exsistente, certum fieri possit, atque adeo certum fiat: quod ad pretii certitudinem satis est, ut exinde quoque emptio valere incipiat, quod et probatum est. Itaque hujus conventionis hanc vim esse placuit, ut si Titius non æstimet, vel quia non possit jam mortuus, vel quia vivus nolit, nulla sit emptio. Non quia pretium sit incertum, sed quia nullum. Sin æstimet, exinde emptio valeat. Quia et pretium sit, et certum esse cœperit: quod quærimus. *L. ult. C. de cont. empt.* §. *pretium. Inst. eo tit.*

X. Quid si Titius multo minoris rem æstimet, aut multo pluris, quam valet? Placet nihilominus et valere venditionem, et pretium secundum Titii æstimationem esse solvendum. *d. L. ult. C. de contr. empt.* Idemque de mercede alieno arbitrio permissa scriptum est in *L. si merces*, 25. *D. loc.* Immo ut valeat venditio: tamen, dicat aliquis, saltem arbitrium ad boni viri arbitrium esse redigendum: ut fit in aliis caussis, cum arbiter iniquum est arbitratus. *L. societatem*, 76. et seqq. *D. pro soc.* Sed hoc tunc locum habet, cum arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat. *L. unde*, 79. *D. pro soc.* Quod non fit in emptione pretio minore aut majore quam res valeat, constituto. Licet enim quod minoris est, pluris vendere: et quod pluris est, emere minoris sine injuria. *L. item si*, 22. §. *ult. D. locat.* Vide plura in commentariis de hoc arbitrio ad *L. quis arbitratu*, 43. *D. de verbor. obligat.*

XI. Sed pretium in certæ alicujus personæ arbitrium conferri volumus, puta Titii. Si generaliter permissum sit alieno arbitrio, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, cujus merces permissa sit generaliter alieno arbitrio: veluti, fundus tibi tempus est, quanti (15) alii æstimaverint: locatus est, quanta mercede alii arbitrati fuerint. *L. si merces*, 25. in pr. *D. loc.* Ductum plane ex superiore definitione. Utrumque enim aliqui æstiment, semper tamen pretium ex hujusmodi arbitrio incerto futurum est. Nam cum unus aliquis pretium, quod videtur, dixerit; dicet unus ex contrahentibus, cui æstimatio non placebit, se de eo æstimatore non sensisse, aut non de eo solo. Ad alios etiam eundem esse, quorum arbitrium exploretur. At poterit postea alius aliud dicere, et rursum alius aliud, unde incertitudo abeat in infinitum, atque ita ignoretur, quid hic potissimum sequamur.

XII. Quid tamen, si pretium collatum quidem sit in certæ personæ arbitrium: sed (16) arbitrium unius ex contrahentibus: veluti, fundus tibi emptus est, quanti æstimaveris? Probandum est ex eadem definitione superiore emptionem ita contrahi, ot si tu nullum pretium dicas, nulla sit emptio, quæ est sine pretio: si dicas, valeat emptio, in qua incipiat certum esse pretium; quod quærebatur, *arg. in L. hæc venditio*, 7. in princ. *D. de contr. empt.* Non obstat, quod dicitur, nullam esse obligationem in vendentis vel ementis collata conditione comparandi. *L. in vendentis*, *C. de contr. empt.* Utrum enim debeat quis, an non debeat, in potestate ejus esse non potest: quid debeat, quantumve, aut quando debeat, potest esse in ejus voluntate. *L.* 2. §. *Scævola*, *D. de eo quod cert. loc.* Exempla in *d. L.* 7, *de contr. empt.* et §. *pen. Inst. eod.* Nam quod scriptum est in *L. quod sæpe*, 35. §. 1. *D. de contr. empt.* In hujusmodi conditionibus, quanti velis, quanti æquum putaveris, imperfectum esse negotium: adjicitur id tum ita esse, cum venditor id dicit emere volenti, qui

(15) Quin nec conventio, ut res empta sit justo pretio, valida. Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 9. Quæ sententia receptior, Pinel. *d. C.* 1. *n.* 19. *et seqq.* in eo tamen contra illam statuens, quod exinde nec secuta traditione oriatur actio præscriptis verbis, quia conventio ab initio nulla, traditione non firmatur *L.* 31. *pr. de acq. do.* Obstat *L.* 16. §. *ult. de pig. ad* Cujac. *L.* 2. §. 1. *h. t.* Resp. ibi jus esse singulare, favore debitorum, ut facile reperiantur qui credant. Pinel. *d. C.* 1. *n.* 25. cum Bart. et communi, subsistere conventionem vendendi justo pretio, illo non expresso, quando adhæret alteri contractui valido; non quando sola est. Valet autem venditio tritici, vini, etc. pro pretio quo communiter vendatur in foro illo die, Gomez. *d. lo. n.* 9.

(16) Diss. Pinel. *d. P.* 2. *C.* 1. *n.* 6. Gomez. 2. *Resol.* 2. 19. et recte. Nec noster secum ipse convenit. Fatetur enim hujusmodi conventioni inesse conditionem. Ergo per *d. L.* 13. *C. h. t.* Quin hoc modo esset in potestate emptoris etiam an velit esse obligatus ac pretium definire. Et refellitur Donel ex *L.* 115. *pr. de V. O.* quæ probat et imperfectum dici quod nullum est et pecuniam deberi non posse, incerta quantitate, quod sic contingeret. Sic enim non uno nummo, vid. *hujus Cap.* N. 9. tamen duobus tribus vel paucissimis liberaretur.

nondum aperte in eam conditionem consenserit. Quod si quis consentiente emptore id dictum volet, imperfectum negotium sic accipiemus, non quod nullum sit, sed cujus conditio nondum exstiterit. Conditionales enim venditiones, ante conditionem exsistentem imperfectæ sunt, quæ tunc perfici dicuntur, cum impleta fuerit conditio. *L. hæc venditio*, 7. in pr. *D. de contr. empt.*

XIII. Finis emptionis proprius in rebus superioribus transferendis hic est, ut emptor pecuniam det, id est faciat accipientis: venditor autem nihil amplius, quam ut rem tradat: ut si quidem dominus est, dominium transferat ad emptorem: si dominus non est, solum præstare debeat emptori, rem traditam ei habere licere. *L. ex empto*, 11. in pr. *D. de act. em.* Hoc ita proprium emptionis, ut si quæ conventiones initio contra intervenerint de re transferenda, non videatur emptio contrahi. Duæ sunt autem conventiones superiori fini contrariæ: in quibus hoc ipsum licet cernere. Una, si dominio rei id agatur nominatim, ne ad emptorem transeat. Ideo placet hic emptionem non esse. *L. penult.* §. *ult. D. de contr. empt.* Rei quidem alienæ consistit emptio. *L. rem alienam*, 28. *D. eod.* Sed ideo, quia spes est nihilominus eam aut acquiri posse, venditore eam redimente, aut venditore emptorem tuente, posse haberi. Quod si hæc spes habendi adempta sit conventione, non potest intelligi emptio, quæ huc solum spectat, ut res paretur, seu acquiratur. Unde comparare pro emere passim legimus. *L. empti. L. invitum. L. in vendentis, C. de contr. em. L. multam. C. si quis alt. vel sibi.*

XIV. Altera conventio hujus generis est, si convenerit, non modo ut res tradatur, sed etiam nominatim ut detur, id est ut (17) dominium fiat accipientis, quæ hujus verbi significatio est, §. *sic itaque. Inst de act. L. ubi*, 75. §. *ult. D. de verb. oblig.* Efficit hoc quidem maxime hæc conventio, ut res paretur emptori: sed tamen adversatur et ipsa fini superiori et naturæ emptionis, qua id agitur solum, ut res emptori tradatur. Quamobrem et hæc species conventionis in eadem caussa habetur. Idque est, quod Celsus scribit in *L. ult. D. de condict. caus. dat.* si dederim tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, nullam hic portionem esse emptionis et venditionis: sed solam obligationem ob rem dati re non secuta.

XV. Quibus remotis, si de supra scriptis rebus ita convenerit, ut supra diximus, id est de re et pretio certo, hoc ut daretur, illa ut traderetur, emptio et venditio consensu perfecta est, quanvis nec res tradita, nec (18) pretium numeratum sit. *L. 1.* in fin. *D. de contr. em. Inst. de empt. et vend.* in princ. Adde quanvis ne arrha quidem data fuerit, ut adjicitur in eod. *Tit. Inst. de emption.* in princip. Nec quem moveat, quod sæpe arrha dari solet. Non enim eo datur, quia sit necesse, quasi inquit Cajus, sine arrha conventio nihil proficiat; sed ut evidentius probari possit convenisse. De pretio. *L. quod sæpe*, 35. in princ. *D. de contrahen. empt.* et, ut Justinianus loquitur, ut sit argumentum emptionis et venditionis contractæ. *Tit. de em. et vend.*

XVI. Hactenus tamen conventio sola perficit emptionem, dum emptio *sine scriptis* sit habita, ut est in *L. 2. D. de contr. em.* Quod sic interpretandum est, dum non placuerit contrahentibus, ut emptio scripto mandaretur. Hoc enim additum est a (19) compositoribus Pandectarum propter constitutionem Justiniani, qua cautum est in universum de contractibus omnibus, ut si placeat rem scripto geri, non aliter ratum sit, quod geritur, quam si scriptura in mundum redacta, subscriptionibus partium confirmata sit; aut si per tabellionem res agitur, etiam ab ipso completa sit, et ad extremum partibus approbata. *L. contractus*, *C. de fid. instrum.* Quod et ipse ita interpretatur circa emptionem, *d. tit. de empt. et vend.* in princ. Alioqui in scriptis habitam emptionem accipere possumus, eam de quo sive conventione instrumentum conscriptum est. Sed hoc cum fit, non eo minus emptio solo consensu perficitur. Non enim fiunt de rebus scripturæ, quasi necessariæ sint ad rem gerendam; sed ut per eas facilius res probari possit. Cæterum

(17) Vera ratio cur in *d. L. ult.* emptio non contracta. Cui et aliam jungit Cujac. 23. *Obs.* 29. Propter duas rationes ait, non est emptio 1.° Quia pecunia non ut pretium, sed species ac corpus intervenit (quomodo et Vult. *in* §. *ult. I. de Mandato n.* 17.) 2.° Quia hoc actum est ut dares, id est, ut meum faceres, quod docent seqq. *quia accipientis non feceris.* Dissen. Forcat. *Dial.* 49 *n.* 4. Aliter Duar. *ad tit. D. de cond. ca. data C.* 2. Alia et gravior difficultas habet *d. L. ult.* quæ alterius est loci.

(18) Nec pretium numeratum, Duar. *h. t. C.* 2. Differt enim contractus implementum ab ejusdem constitutione, vid. supr. *Lib.* 12. *C.* 10. *n.* 5.

(19) Ita et Cujac. *ad d. L.* 2. §. 1. volens ab iisdem similia verba *L.* 4. *C. de peric. et comm.* inserta esse.

et sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. *L.* 4. *D. de pignorib. L.* 4. *de fid. instrum.*

XVII. Illud in constitutione superiore observatione dignum est, quod si quid eorum, quæ in scriptura emptionis præcedere debere diximus, servatum non sit, negat emptionem contrahi, et (20) teneri ea contrahentes: et tamen si futuræ emptionis caussa (21) arrha data sit, vult eum, qui emptione uti nolit, damno arrharum affici, ut emptor quidem, qui dedit, ab emptione recedens, eas amittat: venditor autem qui accepit idem faciens, arrhas in duplum (22) restituere cogatur. Quod quidem videtur cum prioribus pugnare. Quæ enim pœna esse potest adversus eum qui nihil deliquit, cum pœna sit delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verbor. signif.* Quæ porro culpa potest esse in eo, qui jure suo utitur? *L. nullus videtur, C. de reg. jur.* Et an non utitur jure suo, qui ea emptione uti non vult, quæ nulla est, et qua jure non tenetur? Unde igitur pœna superior, et an non superiori juri adversatur? Respondeo; adversaretur, si Justinianus in totum constitueret emptionem non valere, de qua convenit, ut scriptis comprehenderetur, nisi observata essent in scriptura ea omnia, quæ exigit. Nunc autem arrharum dationem excipit, ad quam usque emptionem valere vult, ut qui adversus emptionem fecerit, arrharum damnum faciat. Potuit autem Justinianus legi suæ novæ, quod voluit temperamentum addere.

(20) Quia eo ipso tacile conventum videtur, ut recedere liceat, cum antea contractus cœptus, non perfectus, ex voluntate contrahentium haberi debeat. Nec potest conquiri alter de fide rupta, quam imo ipse potius violare videtur, dum libertatem pœnitendi, contra fidem conventionis, adimere nititur, argute Vasq. 1. *Ill. Contr.* 28. *n.* 22. *et seq.* Ex hujusmodi quoque contractu agitur non ex tempore conventionis, sed scripturæ, Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 17.

(21) Argumentum venditionis perfectæ vel perficiendæ *l.* 35. *pr. h. t.* ubi Cujacius definitionem Connani taxat; cui ea est pretii pars quæ ab emptoribus firmandi contractus gratia repræsentatur. Nam pretii pars non est, cum sine ea sit emptio, nec ea emptionis substantia. Adde quod in alia re quam nummis dari potest *L.* 11. §. 6. *de act. empt.*

(22) Condictione ex lege per *d. l.* 17. ubi hæc pœna dicitur legitima. Si vero utriusque consensu solvatur emptio, actio ex empto ad repetendam arrham *L.* 11. §. 6. *de act. empt. l.* 2. *C. quan. lic. ab empt. reced.* Quod si impleatur venditio, arrha imputatur in pretium, si in nummis consistat *L. ult. de l. com.* Cujac 11. *obs.* 17. *et ad L.* 35. *h. t.* Donell. noster *ad d. L.* 17. arrhas datas condicti ob caussam vel sine causa repeti, alterum tantum autem condictione ex lege. Quid si in contractu sine scriptis arrha data, an resilire licet solo arrharum dispendio? Diversæ sunt opiniones, quas refert Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 18. ubi postremam referendo probare videtur quod liceat, modo non data fuerit pro parte pretii. Et Fachin. 2. *Contr.* 28. per *d. l.* 17. *in fin. d. pr. l. h. t. in p.* Utrobique enim par statuitur ratio emptionis, sine scriptis contractæ, cui accesserit arrha. Contra Old. *Progym. Cl.* 4. *Act.* 2. Wes. *in Par. hoc tit. n.* 9. Donell. noster *ad d. L. contractus* 17. (*alii* 16.) 1.° Quia arrha confirmandæ non infirmandæ emptioni datur *l.* 35. *pr. h.* 2.° Quia nunquam ea vis accessionis adjecta obligationi, ut ab ea recedatur, *l.* 4. § 4. *de re ind.* 3. arg. *L.* 6. *C. de resc. vend.* et Bronch. 2. *Ass.* 54. ac A. Fab. 45. *Err. Pragm.* 8. *circ. fin.* Objic. Qui nominatim re aliqua sibi cavet, cautione illa contentus, reliquis remediis renunciat, arg. *l.* 15. §. 3. *de precar. L. ult. Cod. de pact.* Resp. Donel. regulæ locus in remediis jure constitutis ut in *dd. ll.* non quibus quis sibi privatim cavet. Hinc qui stipulatus est rem tradi, et nisi tradat, pœnam, ab obligatione priore non recedit, *L.* 28. *de act. em.* Objic. *d. pr. l. d. L.* 17. *in fin.* Resp. Donel. ita hoc casu, arrhis amissis vel duplicatis redditis, recedi posse, si alter non refragetur, sed ea conditione concedat. Hopper. *Lib.* 4. πιθανῶν *pag.* 142. ita resp. Amissurus arrhas recedere potest in emptione sine scriptis, ea videlicet lege, quæ proportionem habet cum illa, quæ fit per scripturam, cui ab Imperatore conjungitur, scilicet ita demum si concepta quidem sit, sed non perfecta Ex. gr. vinum venit sub ea lege ut degustetur, arrha data, etc. et Ant. Fab *d. C.* 8. ut bona comparatio sit venditionis factæ sine scriptis, et quia Imperator in *pr. l. h. t.* nihil se in venditione scriptis innovasse profitetur. Vid. et Fab. de Monte *Q.* 5. *princip. n.* 69. *et seq.* qui sibi in hac quæstione non satis constat.

CAP. II.

Empti et venditi obligatio quæ sit: quæ pro natura et potestate hujus judicii præstationes et actiones. Ac primum de venditore, quid is istius generis emptori præstare debeat ex empto. Tum de evictione.

I. Atque hoc modo sit et contrahitur ea species contractus, quam emptionem et venditionem vocamus. De obligatione empti et venditi, deque mutuis præstationibus, quæ in hac obligatione versentur, videamus. De iis loquor, quæ pro natura et potestate hujus judicii insint, de quibus nobis institutum est quærere. Cumque in hac specie duos obligari constet, venditorem emptori, et emptorem venditori: sit autem in eo præcipua caussa emptoris, cujus maxime gratia emptio contrahitur: de obligatione venditoris primum dicatur, ex qua possint intelligi, quid eum huic ipsi emptori præstare oporteat.

II. Et duo genera sunt earum præstationum, quæ pro natura obligationis venditi sine alia conventione a venditore exigantur. Quædam enim versantur in re vendita, quædam extra rem: Et harum posteriorum rursum species duæ. Positæ sunt enim quædam in commodis rei venditæ; quædam in stipulationibus quibusdam ad cautionem emptoris in re vendita comparatis.

III. Earum præstationum quæ a venditore in re vendita citra aliam conventionem exiguntur, quator sunt capita. Primum, ut rem venditam tradat emptori: Secundum, ut ita tradat, ut traditam emptori habere liceat, ne evincatur: Tertium, ut dum emptor rem habebit, habeat incorruptam, et quoad fieri ex bona fide potest, omni servitute atque onere liberam: Quartum, ut quidquid de re vendita dixit venditor, etiamsi non promiserit, id præstari emptori.

IV. Illud primum, ut dixi, ut venditor rem ipsam tradat. *L. ex empto*, 11. in pr. et §. *venditorem*, in fin. *D. de act. empt.* Quod quidem a jure proficisci, non etiam a conventione empti et venditi apparet. Venditur enim res simpliciter: ut transferatur quidem possessio in emptorem; non tamen ita, ut de dominio rei, aut de jure solum habendæ rei quidquam exprimatur. At hoc posterius placuit, jure scilicet præstationem propter utilitatem conventionis ita interpretantes; quoniam alioqui dominii translationem exigentibus nobis sæpe interciderent venditiones, aut non consequeretur emptor de re empta, quod cupit; cum ut plurimum

aceidat, ut qui vendit, non sit dominus, etsi se putat, aut eerte an sit dominus, sit incertum. De quo plura infra in emptoris obligatione, quem dieimus debere faeere prelium aecipienlis. Ut merito inde quæratur, cur amplius in hae præstatione ab eo exigatur. Est autem hæc obligatio, ut apparet, io faciendo. Ideo exitus hie, ut si res vendita non tradatur, teneatur et condemnetur venditor in id, quod rem habere (1) emptoris interest. *L.* 1. in princ. *d. L. ex empto*, §. *idem ait*, *D. de act. empt.* quod in omnibus faciendi obligationibus generaliter observatur. *L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud. L. stipulationes*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. oblig.*

V. Et hoc ita esse constat, quandiu res exstat, qualis vendita est, quam et venditori per rerum naturam tradere possit, neque tradit. At quid, si perierit aut deterior facta sit, ut jam per rerum naturam aut tradi non possit, aut non talis, qualis est vendita. Hic quæstio introducitur de periculo rei venditæ ad utrum pertineat, venditoremne, an emptorem. In qua illi Titulo locus est, qui inscribitur *de periculo et commodo rei venditæ*, *D.* et *C.* Sed sciamus quæstionem esse non emptionis propriam, sed universi generis contractuum omnium in qua quæritur, re debita perempta aut deteriore facta, utrum debitor eliam nunc teneatur quasi re exlante: an vero liberetur, quasi præstatione impossibili facta, a qua obligatio incipere non potuit. *L. impossibilium. D. de reg. jur.* Quæ quæstio cum ad liberationes pertineat, ibi de ea in commune dicetur, ne idem sæpius et ubi non est locus, inculcare cogamur. Si quis tamen hic summam requirit eorum, quæ de hac specie in libris nostris tradita legimus, hæc est; cum in emptione et venditione utriusque partis utilitas versetur, venditorem ante, quam rem tradat, pro communi similium contractuum lege in re vendita servanda tuendaque custodiam et diligentiam præstare debere: eamque non quantam suis rebus adhibet, si sorte alius sit eo diligentior, sed qualem bonus paterfamilias suis rebus solet, idest exactam: tantum ot casus fortuitus sil excusatus. *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *L. si vendita*, *D. de per. et com. rei vend. L. venditor*, 36. *L. pen.* in pr. *D. de act. empt.* Sed ante quam res sit tradita, inquam. Nam postquam tradita est, fit emptoris, ideo et periculo ejus esse incipit. *d. L. venditor. de act. empt. L. quod si* §. 1. *de per. et comm.*

(1) Gravis altercatio est de præcisa venditoris, aut alternata obligatione, tracta olim inter Martinum et Joannam antiquos glossographos, multumque a multis magna contentione agitata. Quam plenius excutere hic non licet. Consentiunt nostro Placentin. *de Variat. act. L.* 2. *Tit.* 22. Covar. 2. *Var. Resol.* 19. *n.* 1. Vaud. 1. *Q.* 9. Charond. 3. *Verisim.* 12. Fachin. 2. *Contr.* 30. Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 65. *et* 3. *seqq.* Contra verius, ac æquius Cujac. *in L.* 72. *de V. O.* Old. *Cl.* 4. *Act.* 1. *n.* 7. Coras. 2. *Misc.* 3. *n.* 7. Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 22. *cir. fin.* Mozz. *Col.* 4. *de natural. emptionis n.* 26. *et seqq.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 3. *n.* 25. Fab. de Monte *Q. pr.* 6. *n.* 38. *et seqq.* Vult. *in pr. l. h. t. n.* 81. Brou. 2. *Ass.* 57. Andr. Clud. *de Condict. C.* 1. *n.* 71 Busius *ad L.* 1. *de act. emt.* Scite A. Fab. 6. *Conject.* 2. Quod præstatur interesse, empti judicio, non fit vi et potestate obligationis, sed æquitate judicii, quod bonæ fidei est, et eam tantum ob caussam, quod obligationi non satisfecerit. Si non cogitur tradere præcise, melior erit ejus conditio; quam, si ex stricto stipulationis contractu debeat *L.* 75. §. *ult. de V. O.* Mala fide rem retinet, quam præstandi facultas est. Hoc autem ex bona fide est, ut si renuat tradere, liceat emptori petere quicquid intersit *d. L.* 1. *pr. de act. empt.* Quod si rem ipsam habere maliti eadem bona fides facit ut præstetur illi, si possit. At tradere facti est resp. A. Fab. *d. loc.* Sed non est communi genere, ad quæ quis cogi nequit sine vi. Alioqui nec ad dandum præcisa erit obligatio, cum dari res, ut dominium transferatur, nequeat, nisi tradatur. Ratio cur in facti obligatione præstatio interusurii liberet, ne libero homini vis fiat, hic deficit. Quin hic non tam agitur ut factum interveniat venditoris, quam ut emptori acquiratur possessio, quod et judicis auctoritate manu militari fieri poterit *L.* 68. *de R. V.* Quin et vulgata DD. assertio est, quando factum facile et temporis momento expediri potest, debitorem ad id præcise teneri, per Auctorit. all. a Zoan. *ad L.* 2. *C. de pact. int. empt. n.* 73. Sane aperte iniquum est, si venditor tradendi facultatem habeat, sed præstare recuset, ex fraude illius fidem conventionis adimplere nolentis, emptorem innocentem probationi difficillimæ ejus quod interest adstringi. Probatur hæc sententia, et ex *L.* 68. §. *ult. h. t.* et *L.* 46. *de act. empt.* ubi verba *cogatur implere* arguunt absolutam tradendi necessitatem, quia illa oritur ex superventione dominii, cum facultatem tradendi tunc consequatur, quam antea cum venderet, non habuit. Ad interesse enim tenebatur etiam priusquam heres fieret; et Paul. 1. *Sent.* 13. §. 10. Quin ex *L.* 6. *C. de rescind. vend.* firma mihi videtur illatio. Duplo pretio oblato emptor recedere ab emptione non cogitur *d. L.* 6. Atqui æstimatio ejus, quod interest in venditionibus duplum excedere nequit *L. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* Ergo etc.

rei vend. Lex, ut dixi, omnium contractuum et obligationum filium communis, tradita in *L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. commod. L. contractus*, *D. de reg. jur. L. si servus*, 108. §. *cum quid*, *D. de leg.* 1. Cui consequens est, ut sive res vendita perierit, aut deterior facta sit, sive quid accedere potuerit, neque accesserit ante traditionem: si quidem contigerit casu, venditor non teneatur, sed periculum sit (2) emptoris. Sin culpa, et vel levissima negligentia venditoris, id omne venditor præstare debeat. *L. quod sæpe*, 35. §. *si res D. de contrah. empt. L. si ea res*, 31. *L. venditor*, 36. *D. de act. empt. L. si vendita*, *de per. et comm. rei vend.* Ita tamen, nisi re a venditore oblata emptor in ea accipienda moram fecerit. Quo facto incipit dolus solus a venditore præstari, quamvis ipse prius interpellatus moram fecisset in re tradenda, ut sic posterior mora auctori suo noceat. *L. illud*, *D. de per. et comm. rei vend.* Eadem dicemus, si futuris rebus venditis, puta fructibus fundi, aut fœtu pecorum, aut ancillæ partu, id egerit venditor, ne ea nascerentur, ut sic de his non minus ex empto teneatur. *L. nec emptio*, 8. *D. de contr. empt.*

VI. Sed redeo ad res venditas, quæ debentur. De his, ut dixi, hæc prima venditoris obligatio est, ut tradi debeant emptori. Qua parte hæ duæ quæstiones occurrunt, interdum appellatione rei venditæ quid contineatur: semper autem quid sit tradere. Prior illa ut plurimum in ædibus et fundo aliquo venditis, dum hoc quæritur, quid sit ædium quid fundi, ut hoc totum in eamdem præstandi obligationem veniat. Id vero fuse explicatur in *L. Julianus*, 13. §. *ult.* et quinque *LL.* seqq. *D. de act. empt.* inde petendum. De tradendi autem verbo si quæritur. Verbum sic accipitur, ut sit non simpliciter de manu in manum tradere, aut deducere emptorem in nudam detentionem rei, sed tradere vacuam possessionem. *L.* 3. §. *primo*, *D. de action. empt.* Vacuam intelligere debemus, quæ ab omnibus non solum veris possessoribus, sed etiam iis, qui quoquo jure rem teneant, vacua est: ut si alius sit in possessione ejus rei, vel rei servandæ caussa ut creditores, vel legatorum seu fideicommissorum nomine; non sit vacua possessio. *L.* 2. §. *ult. D. de action. empt.* Eoque nec videatur res tradita, quæ his in possessione manentibus tradita fuerit. Unde intelligitur eamdem hic quoque manere emptori actionem in id quod interest, quasi re non tradita.

VII. Secundum caput hujus generis præstationum superiori proximum est, ut venditor non solum ab initio vacuam possessionem tradat emptori; sed etiam ita tradat, ut in posterum quoque perpetuo rem emptori habere liceat, ne evincatur scilicet ob id quia forte res aliena fuerit, aut pignori obligata: quibus de caussis jure proprietatis a domino, jure pignoris a creditore evinci potest. Indicatur hoc caput præstationis in *L. in vendendo*, 66. *D. de contrah. empt. L. venditor*, 8. *D. de evict. L. ex empto*, 11. in princ. et §. *idem Neratius*, *D. de act. empt.* Et vero hoc ipsum etiam tradendi verbo continetur. Jam enim dixi tradere esse vacuam possessionem trahere. Non videtur autem tradita possessio, si quis eam jure avocaverit. *L.* 3. in princ. *D. de act. empt.* Huc etiam pertinet, quod traditur in *L. in conventionalibus*, 52. §. 1. *D. de verb. obligat.* his verbis vacuam possessionem tradi spondes? non nudum factum contineri, sed caussam bonorum. Hoc enim significatur his verbis, ita rem tradi debere, ut traditio ista sit nobis caussa bonorum, idest caussa qua fiat, ut res nobis tradita in bonis nostris habeatur, seu habeatur pro nostra. Quod ita fit, si nobis eam habere licebit ita, ut invitis nobis eam alii tenere non liceat. *L. rem in bonis*, *D. de acquir. rer. dom.* Hinc evenit, ut priusquam res evincatur emptori, nullus sit regressus emptori adversus venditorem; quia emptori rem habere licet, atque ita fit, quod venditor debuit. Contra autem ubi res evicta est, continuo sit actio emptori adversus venditorem ob evictionem. Quam ad rem et venditorem obligari diserte scriptum est in *d. L. ex empto*, in pr. *de act. empt.* quo magis licet hujus captis obligationem jure certo constitutam agnoscere. Atque hic fons est evictionis, hic de ea cognoscendi locus. De qua parte juris scripsi jam olim ex professo, et quantum is locus ad justam explicationem juris de eo recepti postulare videbatur; exstatque com-

(2) Dissent. tamen a recepta fere omnium traditione, et aperto jure munita, Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 33. *locati* per eam legem ad quam varie. Resp. Henric. a Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 33. Hopper. *Lib.* 4. ασαφῶν pag. 198. Pac. 5. *Enant.* 9. expeditius A. Fab. 2. *Conject.* 4. Vinc. Cabot. 1. *Disput.* 25. ad quos, quia hic omnia expedire non licet, remitto.

mentarius in (3) operibus nostris prioribus, unde plura et certiora ad hanc partem pertinentia si quis vult, petere licebit. Nunc ne quid desit, sufficiet locum attigisse. In quo, ideo quam paucissimis fieri poterit, summam rerum perstringam.

VIII. Evincere rem emptori, est rem venditam jure judicioque ei auferre. Nomen ex constitutione judicii. Nam judicio contenditur, certaturque de victoria inter litigatores. In qua contentione vincit is, secundum quem judicatum est. Unde actor qui in judicio proprietatis rem aufert ab emptore possidente, recte dicitur vincere ab emptore, quod petit, id est rem petitam. Hoc autem est uno verbo rem evincere. Ut ergo res emptori evicta intelligatur, quo nomine sit actio emptori adversus venditorem, tribus his rebus continetur; ut res sit ablata emptori; ut ablata judicio; ut judicio et jure ob id quod res aliena esset, aut pignori obligata vendita.

IX. Illud ante omnia exigit evictio, ut res auferant emptori. Seu ut emptori spes omnis habendæ rei abscissa sit. Quæ si illi aliqua superest ante ablatam vel abductam rem, nulla est ei de jure habendæ rei actio; quia rem habere ei licet. *L. evictus, L. habere, D. de evict.* Ideo nec quæstione de proprietate emptori mota, interim venditor conveniri potest vel ad pretium restituendum. *L. antep. §. 1. D. de eviction.* Quanto minus, si nulla lite mota, res aliena vendita esse dicatur, quanvis dicatur id certis rebus postea constitisse? Sane si quis alienum vendiderit sciens, quia decepit emptorem, ob dolum statim empti judicio tenebitur in id quod emptoris interest. *L. ex empto, §. Cassius, in fin, L. tenetur, 6. §. ult. D. de act. empt.* Sed etsi domini quæstione mota non potest agere emptor adversus venditorem, potest tamen interdum retentione uti. Nam si ante pretium solutum dominii quæstio mota sit, juste emptor pretium solvere recusabit, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis nomine offerantur. *L. pen. §. 1. D. de per. et com. rei vend.*

X. Secundum exigit evictio, at res ablata sit judicio, dum sententia judicis pronuntiatum est rem venditam esse petitoris, aut illi pignori obligatam. *L. non tamen, D. de evict.* atque hinc etiam evincendi verbum; ut dixi. Quare sive vis aliena sine judicio rem abstulit emptori, sive ipsius voluntas, cessabit ob evictionem actio. Vis aliena; ut si ager venditus principis jussu ablatus sit, et aut distractus, aut militibus assignatus. *L. Lucius, 11. D. de evict.* Emptoris voluntas; ut si servum priusquam alienum esse cognosceret, manumiserit; *L. si servum, 25. D. eod.* si rem traditam pro derelicto habuerit; *L. ult. eod.* si conventus a vero domino rem illi citra judicis disceptationem restituerit. *L. si cum quæstio, C. eod.* et si quæ sunt alia hujus generis.

XI. Tertium proprium evictionis, non solum ut res auferatur judicio, sed etiam petitoris jure, vel quia res ejus fuerit, cum vendita est, vel quia illi obligata pignori. *L. si non injuria, C. eod. L. Herennius, §. 1. D. eod.* Hoc jure res judicio evicta videbitur, si non alia res probabitur caussam dedisse evictioni. Quod si probabitur, nulla erit ob evictionem actio. Tres res aliæ, quam superiores, evictioni caussam dare possunt; culpa emptoris, judicis injuria, publicatio rei venditæ. De prioribus duabus nulla dubitatio, quin ultra earum rerum quid evictum erit, non sit actio eo nomine adversus venditorem. *L. 1. C. de rer. permut.*

XII. Culpa triplex emptori objici potest, cur victus sit de re vendita. Totidem caussæ ad inhibendam actionem pro evictione. Principio lite ei mota, jubetur in primis laudare auctorem suum, id est denuntiare venditori sibi litem motam, petere ut ad agendam caussam adsit. Id si non facit, placet venditorem ei ob evictionem non teneri. *L. auctore, L. emptor. L. si cum quæstio, C. de evict.* Nempe quia hac denuntiatione omissa, emptor sua culpa vinci intelligitur. Cum enim agatur de re venditoris, potuit is melius scire, quid hic sui juris esset, quas ad rem venditam tenendam defensiones aut probationes haberet. Quæ ideo emptori amissæ sunt, quia venditori in tempore non denuntiavit, ut jus suum tueretur. Denuntiare emptor venditori non præcise et omnimodo cogitur: sed ita demum, si venditor præsens sit. Sed etsi per præsentiam fiat, quominus ei denuntietur, nihil nocet omissa denuntiatio. *L. si ideo, 55. §. ult. D. de eviction.* Quo tempore de-

(3) Constitui enim si res meæ ferent, eorum epitomen cum aliis quibusdam posteriori parti subjungere, sive seorsim post eam in publicum mittere. Libuerat quidem, idque facilius erat, ex eo tractatu *hic* et *Cap. seq.* de evictionibus et ædilitio edicto interserere quæ deficiunt loco maxime suo. Sed veritus sum ne justum voluminis modum pars hæc prior excederet.

nuntietur venditori, ut de re agenda adsit, statimne, an post litem contestatam, nihil refert: dummodo denuntietur tempestive ante rem judicatam, ut sit venditori satis temporis ad expediendas sui juris defensiones. *L. si rem*, 62. *§. ult. D. de evict.*

XIII. Proxima culpa emptoris est, si absente auctore, aut auctoritatem, seu defensionem defugiente, emptor ipse judicio non adsit. Nam dum venditor adesse volet, et caussæ defensionem suscipere, nihil necesse est emptorem in re aliena satagere. At si venditor defensionem negliget, tum hoc ex bona fide injungitur emptori, ut ipse saltem caussam agat, ut potest, et si quas habet defensiones aut ex persona sua, aut ex persona venditoris, his utatur, quoniam et jure u i potest, *L. emptori, C. de evict.* Si secus facit, placet re evicta denegari ei actionem, tanquam magis sua culpa victo, quod abesset, quam quod malam caussam haberet. *L. emptor*, *C. eod. L. si ideo*, in princ. *D. eod.* Hoc tamen ita, nisi res evicta sit a venditor ipso. Quem quidem vindicantem quod ipse vendidit, constat exceptione doli mali posse ab emptore summoveri. Si tamen hac exceptione omissa passus sit emptor se condemnari, placet nihilominus venditorem evictionis nomine conveniri posse. *L. vindicantem*, 17. et 2. seqq. *D. de evict.*

XIV. Tertia culpa emptori objici potest, quanvis et denuntiaverit auctori suo, et illo recusante sedulo caussam egerit, si exceptione aliqua, quæ ei ex facto suo obstaret, remotus sit. Quamobrem et hoc casu regressum adversus venditorem non habet. *L. hoc jure*, 27. *D. de evict.* Quippe factum illi suum, non adversario nocere debet. *L. factum, D. de reg. jur.* Finge, inter emptorem et eum, qui de proprietate nunc litem movet, fuisse aliquando controversiam de eadem re. Transactum inter eos, ita ut pacisceretur emptor se de ea re nunquam actori controversiam moturum. Si iterum reperiatur emptor eamdem rem possidere, et existat vetus ille actor, qui eamdem illam ab emptore petat: dicemus, si petitor emptorem aliis defensionibus, quanvis justis utentem, replicatione superioris pacti removerit, nihil hoc nociturum venditori, quia facto et culpa emptoris evictio contigerit.

XV. Quod facit culpa emptoris, id facit injuria judicis, ne evictio venditori noceat. *L. si non injuria, C. de evictión. d. L.* 1. *C. de rer. perm.* Neque hic quidquam interest, utrum pecunia corruptus judex, aut alius dolo malo male judicaverit, an imperitia, et errore. *L. si per imprudentiam*, 51. *D. de evictión.* Si quæritur, quomodo hic probetur corruptela judicis, aut imperitia, non est in eo anxie laborandum. Probatio semper patebit ex actis caussæ. Nam si actor allegaverit præscriptionem longi temporis, quam et probaverit; si actor opposuerit exceptionem rei adversus eum quandoque judicatæ de eadem re, aut exceptionem pacti conventi, ne ea rem peteret, et judex harum exceptionum rationem non habuerit; satis argumenti est judicem injuria judicasse. Cum de ejus injuria constabit, nihil necesse est quærere, utrum sordibus, an imperitia male judicaverit: cum utrum horum factum sit, nihil interesse diximus.

XVI. Publicati fundi venditi paulum diversa caussa est. Hoc dissidet, quod cum fundus venditus, prius quam traderetur, publicatus est, non tenetur venditor in id, quod emptoris interest quasi evicto fundo. *L. si fundus*, 33. *D. locat.* Non enim ideo ablatus est, quia venditoris non esset, cum venditus est: sed contra ideo ablatus, quia erat venditoris. Sic autem evinci oportet, quasi alienus fuerit. *d. L. Herennius*. 63. §. 1. *D. de evictión. L. si fundum*, *C. eod.* Illud convenit, quod fundo publicato, saltem hactenus tenetur venditor, ut pretium restituat. *d. L. si fundus*, *D. locat.* Merito: nonnulla enim ejus culpa est, quod sit evictus. Quod si in aliis partibus omnibus venditi culpam præstare debet: *L. si vendita, D. de perm. et com. rei vend.* æquum est eum hanc ipsam saltem hactenus præstare, ne pretium retineat pro re, quam culpa sua non præstitit.

XVII. Quibus remotis, et similibus, quæ evictioni contraria esse diximus, si tria illa concurrent, ut res emptori ablata sit; ut ablata judicio; ut ablata jure, quia res jam ab initio in ea caussa fuerit, ut emptori avocari posset: tum demum res evicta est ita, ut quærimus, estque eo nomine emptori actio ex empto ob evictionem adversus venditorem sive tota res, sive pars evincatur *d. L. ex empto* in pr. *L.* 1. *D. de evictión.* Partem hic intelligimus non tantum corporalem, sed etiam partem emolumenti rei, veluti usumfructum, ut si forte is in re vendita alienus fuerit, et ab eo, cujus erat, evictus emptori, etiam hujus nomine actio competat ob evictionem. *L. nave*, 36. *L. vaccæ*, 43. *D. de evictión. L. stipulatio ista*, 38. *§. si quis forte, D. de verbor. obligat.* Quare et de eo quod emptioni accessit, si evictum sit, eadem erit actio: postquam ita placuit, quod emptioni accedit, partem venditionis esse. *L. quod si nolit*, 31. *§. ult. D. de ædil. edict.*

Quinimo et in actione ex empto, quoniam placet homine vendito non tantum hominem, sed et partum ancillæ, et si qua hereditas aut legatum per servum acquiri potest, omne emptori præstari debere, ut habere ei liceat: etiam illud probandum est, si quid de his evictum sit, agi ex empto posse. *L. venditor*, 8. *de evict.*

XVIII. Est autem actio ob evictionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed in id quod emptoris interest. *L. ex eta*, 70. *D. de evictin.* In quo continetur non tantum res vendita, sed etiam quæ inde nata, quæsitave sunt, aut acquiri postea potuerunt. *d. L. venditor. de eviction.* Item et pretium rei, non quanti emptor emit, sed quanti alii vendere potuit, ut id pretium certo ex re vendita consequeretur. *L.* 1. in princ. *D. de action. empt.* Ut, si emerit ædes mille, et tunc evictæ sint, cum certo vendere potuerit duobus aut tribus millibus; etiam hujus commodi ratio habebitur in æstimatione ejus quod interest.

XIX. Interdum tamen ob evictionem cessat actio, quanvis re legitime evicta ita, uti supra dictam est. Quod accidit partim emptoris culpa, partim quia id actum est. Culpa emptoris obstat ei, si scivit rem venditam alienam esse aut pignori obligatam, et nihilominus emit. *L. si fundum*, *C. de eviction.* Apparet enim eum qui id faciat, rem talem emere, qualis est; ut si postea ea evincatur, ipse de se queri debeat, qui a se decipitur, non a venditore. Argumen. in *L.* 1. in fin. *D. de act. empt. L. nam si actor*, 26. *D. de rei vindicat.* Adeoque eum qui ita sciens emat, placet regressum adversus venditorem ob evictionem non habere, ut ne repetere quidem possit, quod dedit, nedum agere in id quod sua interest; nisi si nominatim de evictione sibi caverit. Hoc in *d. L. si fundum*, *Cod. de eviction.* Ubi autem actum est, ne venditor evictionem præstaret, illic constat conventionem esse servandam ex generali edicto de pactis, cum sit pactio de re privata et familiari. *L. juris gentium*, §. *ait*, §. *si paciscar*, *D. de pact.* Ex hoc fonte placet venditorem tribus his in caussis non teneri re evicta.

XX. Primum tunc, cum rem vendidit non ut suam, sed ut vectigalem, aut superficiariam, aut pignoris jure sibi obligata; deinde dominii jure evicta est ab eo qui dominus erat. Apparet enim id actum, ne venditor amplius quid præstaret, quam id jus, quo sibi rem defendebat. Ideo hoc casu placet eum non teneri nec ad pretium restituendum. *L. ex empto*, 11. *D. de act. empt.*

XXI. Sed nec tunc tenetur venditor, cum jactus retis, aut captus missilium emptus est, si quid ex iis, quæ in captum inciderint, evictum sit. Eadem illa ratione, qua id actum intelligitur, inquit Pomponius in *L. nec emptio*, 8. *D. de contra. empt.* Intelligitur autem ex verbo capiendi, quo constant hæ venditiones. Nam et jactu retis, et captu missilium intelligitur venditum esse emptori, quidquid hic captum esset a venditore. Capi porro ea dicuntur, quæ mansura sunt, non quæ sunt aliena, et a nobis avocari possunt. *L. aliud est capere*, *D. de verbor. significat.* Quocirca quidquid hic captum est, quod jure gentium potuit occupari, cum nullius esset, id fit ita emptoris, ut evinci non possit. Quod si in cum captum inciderint res aliquæ privatæ aut naufragiu amissæ, aut errore vel injuria missæ ab iis, qui missilia jactabant in vulgus; nihil earum rerum desinit esse priorum dominorum. Quo fit, ut et ab his vindicari possint, §. *ult. Instit. de rer. divis.* Sed ideo non præstant actionem de evictione, quia non sunt ex numero rerum vere captarum, de quibus in venditione actum est.

XXII. Postremo si aperte convenerit, ne venditor evictionis nomine teneretur, nemo dubitat, quin aperta hæc conventio omnium maxime servanda sit ex edicto de pactis. Sed ne nos fallat, quasi omnimodo servanda sit, et ita servanda, ut superiores: quod sane quia aperta est, multo magis de ea dicendum videbatur: monendi sumus utrumque contra esse: quod docet Ulpianus in *d. L. ex empto*, §. *ult.* illic, *ibidem*, *D. de action. empt.* Nam primum sciendum est hanc conventionem nihil prodesse venditori, si forte sciens alienum vendat: Tunc enim debuit potius indicare id emptori. Quod quia dissimulavit, quacunque conventione voluerit sibi cavere, decepit emptorem: Semper autem dolum bonæ fidei judicio præstari oportet. Hoc in *d. L. ex empto*, in fin. *L.* 1. §. *ult. L. tenetur*, 6. §. *ult. D. de act. empt. L. ea quæ*, 43. §. *ult. D. de contr. empt.* Tum autem ut maxime venditor ignoraverit rem alienam esse, de cujus evictione supra sibi cavit se non teneri: tamen in *d. L. ex empto*, §. *ult. D. de act. empt.* de sententia Juliani scriptum est, effici quidem hac conventione, ne utilitas debeatur, id est ne teneatur venditor in id quod emptoris interest, ne scilicet conventio sit inutilis; cæterum re evicta pretium saltem ab eo deberi. Hoc quidem ex verbis contra videri poterat, cum generalis sit conventio, ne venditor teneatur. Sed cum in generali ora-

tione semper excipiatur, quod sit iniquius, et naturæ contractus minus conveniat, quasi de eo contrahentes non senserint: *L. si cui, D. de serv. L. in omnibus quidem L. quoties idem, L. de reg. jur.* recte conventio superior ita accepta est, ut non viderentur contrahentes de pretio etiam non reddendo sensisse, quia a bonæ fidei contractus natura et æquitate esset alienum. Et hoc est, quod pro ratione hujus sententiæ eo loco adfertur; neque enim bonæ fidei contractum hac pati conventione, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret. Plura de sententia ejus loci scripsi initio commentarii de Ædilicio edicto huc pertinentia, ut intelligatur eam sententiam sequentibus verbis ejusdem loci non mutari, ut et Accursius eum locum recte accepit. Quod et alii plerique probant.

C A P. III.

Da Ædilicio edicto: idest de morbis et vitiis rei venditæ; de servitutibus item, et tributis rei impositis, deque eo quod venditor de re dixit. Quid ex his venditorem emptori præstare oporteat, quatenus et quibus actionibus.

Continuatio. Vendita res incorrupta debet esse, et ab omni onere libera. I.

Integritatis ejus, et libertatis incommoda quatuor. Horum caussa duplex: et alia, atque alia præstatio venditoris. II.

Morbum vitiumve rei venditæ præstat plerumque venditor. III.

Quominus præstet, tria impediunt, et quæ. Singula breviter exponuntur. IV. V.

Eorum nomine, quæ præstare tenetur venditor, triplex actio adversus eum prodita. VI. XVIII.

1. *Actio redhibitoria. Duæ illius partes, seu duo in illa emptoris et venditoris munia.* VII.

Emptoris, ut quædam redhibeat, et de illis certo nomine caveat. Qualis horum redhibitio et cautio. VIII.

Venditoris, ut pretium, et quidquid accessionis vice: fungitur præstet; secus eo nomine condemnetur; et quomodo. IX.

Non est hæc actio perpetua; et quo temporis intervallo finiatur. X.

2. *Actio quanti minoris. Qualis hæc; et cujus temporis.* XI.

3. *Actio in id quod interest. Quæ illa. An ex omnibus; quibus utraque superior, caussis admittatur.* XII.

Quæ hic Juliani *distinctio; et quomodo ex edicto petita.* XIII. XVIII.

Exceptio. XIV. XXV.

Morbi, vitiive nomine animi vitia præter edicto comprehensa nominatim non contineri; et quot illa; et quæ. XVI.

Tributa et onera rei venditæ, si ignoravit venditor, non tenetur; si sciens celavit servitutem, tenetur, quanti minoris. Quæ tributorum a morbis differentia. XVII.

Quod dictum in specie, et ut certum, præstari a venditore. Secus quod generatim. XIX.

Quid si quid dictum in specie, sit aperte falsum. XX.

Fundi modus major quam sit re ipsa dictus a venditore, quibus ex caussis minime præstetur. XXI.

Quæ pro dicto habeant Ædiles in venditione jumentorum. XXII.

I. Tertium caput præstationum hujus generis de re vendita est, non solum ut res tradatur, quo eam habere liceat; sed etiam quo eam recte habere liceat. Id est ut tradatur incorrupta, et ab omni onere rei jus minuente libera, quoad ejus ex bona fide fieri oportet. Sed hic non una et eadem obligatio est venditoris. Uti sunt incommoda rei inhærentia, ita eorum nomine dissimiliter venditor obligatur.

II. Hujus generis incommoda sunt quatuor: duo usum impedientia, morbi et vitia rei venditæ: duo jus minuentia salvo rei usu, servitutes, et tributa rei impositæ. Alia de morbis et vitiis rei venditæ venditoris obligatio est, alia de servitutibus et tributis. De morbis et vitiis rerum venditarum cautum est Ædilicio edicto, idque ita receptum est, ut esset de venditionibus rerum tam earum, quæ soli sunt, quam quæ mobiles aut se moventes. *L.* 1. statim in pr. *D. de æd. edict.* Itaque ei edicto locus est. Cujus restitutionem et explicationem fusiorem lector sumere poterit ex commentario nostro, quem jam olim in eum titulum edidimus, exstatque et ipse inter opera nostra priora. Nunc quod feci supra in evictionis quæstione, etiam hic faciam: hic ipsum de hoc ge-

nere obligationis et præstationis breviter et unde, distincte tamen proponere contentus ero.

III. Qui morbosam aut vitiosam rem vendidit, interdum ob morbum vitiumve non tenetur, interdum, iique frequentius, tenetur. Cumque accidit, ut teneatur, non una hic præstatio est venditoris, non una adversus eum actio eo nomine prodita.

IV. Quominus ob morbum vitiumve rei venditæ teneatur venditor, tria faciunt; caussa extranea, persona venditoris, res vendita. Caussæ communes ad omnem venditorem, et omnem rem venditam pertinentes, propter quas ob morbum aut vitium rei venditor non tenetur, sunt tres. Prima, si venditor sciens, quid morbi, vitiive sit, moneat emptorem, et quidnam id sit, palam et recte pronuntiet. Idque edicto expressum est. *L.* 1. *D. de æd. edict.* Altera caussa est, si venditor morbum aut vitium ignorans, et tamen metuens, ne aliquid exsistat postea, nominatim sibi caveat, et paciscatur, ne morbi vitiive nomine, si quod erit, teneatur. *L. quæritur*, 14. §. *pen. D. de ædil. ed. L. pacisci*, *D. de pact.* Sed meminerimus hanc conventionem ignoranti venditori tantum prodesse, scienti nunquam: cujus fuit, quæ novit specialiter indicari emptori, ne is decipiatur. *L. quæro*, 39. *D. de act. empt.* Tertia est, si vitium ita sit evidens, ut sit in conspectu cujusque. Ut, si equus palam cæcus aut claudus veneat: non tenetur venditor, etiam si de vitio nihil dixerit, neque sibi caverit. Non enim necesse est moneri, emptorem, qui vitium, palam quod erat, non ignoravit, *L.* 1. §. *si intelligatur*, *L. quæritur*, 14. §. *ult. D. de æd. ed.* Omnes hæ caussæ ex eo, qua his efficitur, ne emptor ob morbum vitiumve decipiatur. Est autem hoc solum propositum Ædilibus, ne decipiantur emptores. *d. L.* 1. §. 1. §. *si intelligatur, de æd. ed.*

V. Interdum sine alia caussa, quæ extrinsecus venditorem excuset, sola venditoris persona actionem de morbis, et vitiis rei venditæ excludit. Id fisco tributum est in suis venditionibus. Sed soli fisco, non civitatibus, ac ne pupillis quidem. *L.* 1. §. *illud*, *D. de æd. ed.* Res quoque vendita interdum easdem actiones, quæ de vitiis morbisve aliarum rerum proditæ sunt, non admittit. Receptum id in simplariis venditionibus. Hactenus tamen ut placet in his redhibitioni locum non esse ex edicto, cæteras autem actiones competere, de quibus mox dicetur. *L. si tamen*, 48. §. *ult. D. de æd. ed.* Simplarias venditiones veteres vocant, venditiones rerum mobilium contemptibilium, et nec pretiosarum, quarum scilicet evictarum nomine nunquam nisi simpla debetur, dupla nunquam: cum hanc in aliis rebus emptori a venditore promitti oporteat, ut dicetur postea in cautionibus. *L. emptori*, 37. in pr. et §. 1. *D. de evict.*

VI. His personis et rebus venditis exceptis, si quis venditor de morbis et vitiis non monuit emptorem, neque de his quidquam excepit, placet eum eo nomine teneri. Idque efficitur ædilicio edicto. Neque interest, sciens quis ea quæ ædiles præstari jubent, vendiderit, an ignorans. *L.* 1. in pr. §. 1. *C. de æd. ed.* Qua in re non una est obligatio venditoris, sed triplex eo edicto actio adversus eum constituta; vel potius una quidem actio ex empto, sed trium rerum gratia: ad redhibendam, quanto minoris, nonnunquam et quanti emptoris interest rem morbosam aut vitiosam non fuisse.

VII. Prima est ex hac caussa ad redhibendum actio, quam ædiles pollicentur. *L.* 1. *L. ædiles ajunt*, 38. *D. eod.* quæ et inde dicitur redhibitoria, seu redhibitorium judicium. *L. redhibitoria*, 45. *L. si quid venditor*, 18. in pr. *D eod.* Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et uno verbo quod ab eo profectum est, ei reddere. *L. redhibere*, *D. eod.* Hæc actio duas habet partes, in quibus vis et potestas ejus judicii cernitur.

VIII. Prior pars attingit emptorem, ac quid prius ipse præstare venditori debeat, præscribit. In eo autem hæc insunt duo. Unum ut quædam redhibeat. Alterum, ut de his certo modo caveat. Redhibere venditori jubetur hæc omnia. Primum rem venditam quam accepit: et eam nec deteriorem, quod quidem post venditionem traditionemque opera ejus, aut familiæ, aut procuratoris factum sit. Tum si quid aliud in venditione rei venditæ accesserit. Præterea quod ex utraque re post venditionem natum acquisitum ad eum pervenerit. Adde et culpa ejus factum sit, quominus perveniret. Ex quibus superiora tria edicto expressa sunt. *L.* 1. *D. eod.* Postremum hoc si expressum non fuit, sumitur ex sententia, quasi videatur pervenisse, quod per emptorem factum est, quominus perveniret: in ea re scilicet, in qua venditor dolum et culpam præstare debet. Indicatur autem in *L. redhibere*, 21. §. *pen.* in fin. *L. cum autem*, 23. §. *cum redhibetur D. eod.* Atque hæc satis esse poterant ad liberationem em-

ptoris, si quidem nihil amplius ad eum pervenire posset post redhibitionem et in his quæ pervenerunt, quæque redhibet, nihil ante facere potuisset dolo, quominus res integra, aut pleno jure rediret ad venditorem. Quorum utrumque cum contra possit usuvenire, ideo ad cautionem venditoris, et emptoris liberationem exigitur ab hoc amplius; ut utroque nomine caveat venditori: et de rebus quæ pervenerunt, quasque redhibet, nihil se in his dolo malo fecisse, quo deteriores, aut evictioni obnoxiæ fierent. Et de his quæ nondum pervenerunt, si quid ad se pervenerit, aut dolo malo factum sit, quominus perveniret, se restituturum. Extant exempla in *L. redhibere*, 21. §. 1. et deinceps, *l. item si*. 30. *D. de ædil. ed.*

IX. Hæc cum præstiterit pro se emptor, sequitur pars altera hujus actionis, quæ attingit venditoris præstationem mutuam; et hanc obligationem habet, ut venditor superioribus rebus receptis vel oblatis restituat emptori pretium rei venditæ, item accessionis si q id forte ex conventione supra pretium præstiterit; tum ut si qua in re emptionis nomine emptor obligatus est vel venditori vel alii, eum venditor ea obligatione liberet. *d. L. ædiles etiam*, 25. §. *ult. D. de æd. ed.* Quibus non præstitis sequitur condemnatio ea, quam Cajus dicit in *L. redhibitoria*, 45. *eod.* ut modo in duplum, modo in simplum condemnetur venditor. In duplum tunc damnari venditorem intelligit, cum nihil istorum ab eo præstitum est: ubi scilicet necesse est eum et pecuniæ ab emptore datæ, et liberationis ei non præstitæ nomine damnari, quæ condemnatio aperte duplicem, id est duarum rerum condemnationem habet. Ibi autem Cajus eam duplicem condemnationem vocat, quam et postea in duplum. In simplum autem tunc venditorem condemnari interpretatur, cum unum istorum præstitum est a venditore, non item alterum, ut proinde hujus solius nomine illum condemnari oporteat. Itaque dicitur redhibitoria aliquando habere condemnationem in duplum, non ut significetur actionem esse in duplum, idest eam quæ cum simplum tantum absit actori, nihilominus pœnæ caussa persequatur aliquando duplum, ut sunt actiones, quæ dicuntur in duplum. §. *omnes autem Inst. de act.* Sed quia duarum rerum nomine condemnationem habeat: quarum utraque cum absit emptori, non possit dici continere pœnæ; sed tantum rei persecutionem.

X. Hæ partes emptoris et venditoris in hac actione, declarant quam verum sit illud, quod veteres de potestate et exitu hujus actionis tradiderunt, judicium redhibitoriæ actionis utrumque idest venditorem et emptorem in integrum restituere: item, facta redhibitione omnia in integrum restitui, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessisset: ubi scilicet uterque ex hac actione suum recipit, prius venditor, posterius emptor. *L. cum autem*, 23. §. *Julianus ait*, *L. facta*, 60. *D. de æd. ed.* Sed hæc actio etsi rei persecutionem habet, tempore tamen agendi non ita est, ut sunt ceteræ actiones sive civiles, sive prætoriæ. Nam ceteræ quæ rei persecutionem continent, etiam si sint honorariæ, perpetuæ sunt. *L. in honorariis*, *D. de obl. et act.* Actio redhibitoria quia emptionis rescissionem habet, et præter conventionem inducta est ab ædilibus, proposita est tantum edicto intra sex menses; verum utiles. *L. sciendum*, 19. §. *ul. L. ædiles ajunt*, 38. *D. eod.* idest sex menses, constantes iis diebus, quibus experiundi potestas fuit. *L.* 1. *D. de divers. temp. præs.* Quare et si ex empto actione ad redhibendum agetur (ut placet redhibitionem quoque contineri empti judicio. *L. ex empto*, §. 1. *D. de actiom. empt.*) tamen ultra hoc tempus agere non licebit. Quippe quod non actionis generi præstitutum est, sed redhibitioni. *d. L. sciendum*, 19. §. *ult. de æd. ed.*

XI. Quod si videtur emptori propter morbum aut vitium rem non redhibere, sed potius retinere, sic tamen ne in pretio decipiatur: in eam rem illi prospectum est eodem edicto, proposita actione quanto minoris res fuit propter morbum aut vitium, cum venibat, ut quantum id fuit, tantum emptori reddatur. Tempus autem huic actioni præstitutum non sex tantum menses, ut in redhibitoria, sed annus utilis. *d. L. sciendum*, 19. §. *ult. L. ædiles ajunt*, 38. *D. de æd. ed.* Quo in genere actionis cum de æstimatione justa rei agatur, ideo dictum est judicium æstimatorium, ut illud superius redhibitorium. *L. si quid venditor*, 18. *D. de æd. ed.*

XII. Sed hæ actiones, ut apparet, pretium et æstimationem rei non egrediuntur. Quid ergo, si multo pluris intersit emptoris rem morbosam aut vitiosam venditam non fuisse? Finge tignum vitiosum venditum, et ædes vitio tigni corruisse: venditum pecus morbosum, et alia pecora contagione periisse. An non etiam eo nomine agi potest ex empto in id quod interest, ut quæ detrimenta ex ea emptione emptor traxerit, ea omnia ei præstentur? Et posse agi constat:

sed non semper, ut superioribus, redhibitoria et quanto minoris. Quibus experiri licet, sive quis sciens vitiosum aut morbosum vendiderit sive ignorans, et sive non esse morbosum aut vitiosum affirmaverit; sive tacuerit. Non item in id quod interest morbi vitiive nomine.

XIII. De quo exstat hæc Juliani distinctio in *L. Julianus*, 13. *D. de act. empt.* ut duobus tantum casibus ex hac caussa in id, quod interest, agere liceat. Uno, si venditor vitium aut morbum sciens reticuit, et ita emptorem decepit. *d. L. Julianus*, in pr. Ut semper dolum malum abesse uportet in judicio empti, et a quo is ammissus est, adversus eum æstimari. *L. tenetur*, 6. *§. ult. D. de act. empt. L. ea quæ*, 43. *§. ult. D. de contr. empt.* Altero, si vitium aut morbum venditor ignorans, et rem sanam putans, sanam e se affirmavit. *d. L. Julianus, §. quod autem.* Nam et quod de re dixit venditor, quo consecutus est, ut pluris venderet, id cum præstare oportet, ut paulo post amplius dicetur. *L. ea quæ*, 43. in pr. *D. de contr. empt.* Quod si venditor rem morbosam aut vitiosam vendidit ignorans nec sanam esse affirmavit; placet eum superioribus quidem actionibus teneri, id est ad redhibendum, et quanto minoris emptor esset empturus: in id autem quod interest, non teneri. Hoc in *d. L. Julianus*, in princ. Nec dubium est, quin hæc distinctio Juliani in cundemnatione ejus quod interest ob rem morbosam aut vitiosam venditam sumpta sit ex edicto ædilicio. Indicatur enim non obscure extremis illis verbis edicti, quod refertur in *L.* 1. D. eod. ***Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus.*** Judicium significant ædiles in id quod interest, cum dicunt hoc amplius se id daturos. Illud enim, *hoc amplius*, valet, præter supra scriptas actiones, de quibus supra comprehensum est. Hæ autem sunt ad redhibendum, et quanto minoris, quarum utramque propositam esse edicto etiam in mancipiis; et adverses ignorantes constat ex *L.* 1. *§.* 1. *L. sciendum*, 19. *§. ult. D. eod.* Nam in jumentis utraque expressa est eo fragmento edicti, quod exstat in *L. ædiles ajunt*, 38. *eod.* Præter has autem actiones si qua est alia ex eadem caussa, non potest esse nisi in id quod interest. Ideo etiam ædiles cum superiores proposuissent indistincte adversus omnes qui mancipia vendunt; hanc postremam propter gravitatem nominatim hac conditione pollicentur, si quis sciens dolo malo quid morbi vitiive esset, reticuisset. Qua conditione addita non obscure in eum, qui ignorans vendidisset, eandem actionem denegarunt. *arg. in L.* 1. vers. *hujus*, *D. de off. ejus*. *L. quibus*, 40. *§.* 2. *D. de cond. et dem.* Eaque sententia est, quam a Juliano expressam videmus in *d. L. Julianus.* Nam quod Julianus etiam adversus ignorantem venditorem eamdem actionem admisit, si is rem vitiosam aut morbosam non esse affirmasset: fecit ex ejusdem edicti sententia. Nihil enim ad decipiendum emptorem interesse putavit inter temerariam affirmationem venditoris, et ejus reticentiam. *d. L. Julianus, §. quod autem.* Et recte. Nam et mendacium venditoris dolus est, falso affirmare de re, quod non est, sive id ita non esse scias, sive ignores. Nam et qui ignorat, idcirco mentitur falsum affirmando, quod dum dicit rem vitiosam aut morbosam non esse, hoc Ipso tacite affirmat se scire rem ita habere: quoniam de rebus ignotis nihil affirmare possumus.

XIV. Illud manet adversus eum qui ignorans rem vitiosam aut morbosam vendidit, si nihil amplius de vitio aut morbo affirmavit, in id quod interest emptoris eo nomine non teneri. Et tamen placet, si quis vas vitiosum vendiderit, etiam ignorantem teneri, ut quod eo nomine emptor perdiderit, id consequi debeat. *L. tenetur*, 6. *§. si vas. D. de action. empt.* Non sunt hæc contraria. Nam in cæteris rebus, puta tigno vitioso, aut pecore morboso hoc evenit, ut qui hæc ignorans vendit, non ideo vitiosa aut morbosa non esse affirmet. Tignum enim et pecus simpliciter venduntur. Tignum autem non eo minus tignum est, etsi sit vitiosum: et pecus non minus pecus, etsi sit morbosum. Atqui vas vendit, etiamsi nihil aliud adjiciat, tamen solo vasis nomine affirmat vas esse integrum, et liquoris capax. Quoniam vas dicitur instrumentum omne, quod ad liquorem aliquem capiendum paratum est. Non dicitur autem vas liquorem capere, ubi liquorem infusum non retinet. Sic enim est capiendi verbum, ut ea capi dicantur, quæ mansura sunt. *L. aliud est capere*, *D. de verb. signif.*

XV. Sed cur venditor si rem vendidit non suam, et ea evicta est, tenetur indistincte in id quod interest emptoris, eoque etsi ignorans vendidit. *L. venditor*, 8. *L. evicta*, 70. *D. de evict.* Si autem vendidit non sanam, non tenetur in id quod interest, nisi sciens vendiderit? Quia a quocunque res vendatur, sive quis jus suum in re sciat, sive qui ignoret, semper hoc agitur emptione, ut emptor sibi rem comparet pretio. Ideo hoc

semper proprium emptionis, ut si venditor rem non det, quod non exigitur: saltem ita tradat, ut emptori habere liceat. Unde evenit, ut si id non præstet, sit actio et condemnatio adversus eum quanvis ignorantem in id quod interest, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio*, in pr. et fin. *D. de re jud.* Non item proprium est emptionis, ut venditor vendat rem non morbosam aut vitiosam: cum possit emptor rem sibi parare, id est sibi habere, etiam si sana non sit. Idcirco non tam præcise hoc exigitur, ut res sana præstetur, quam ut emptori eam habere liceat. Satis esse visum est ob morbum aut vitium rei venditæ hoc tribui emptori, ut liceat rem redhibere, aut agere; quanto minoris empturus esset, sive sciens quis vendiderit, sive ignorans. In id autem quod interest ita demum, si venditor sciens reticuerit.

XVI. Illod de morbis et vitiis rei venditæ monendi sumus, deq e iis præstationibus et actionibus, quas eo nomine constitutas edicto esse diximus, pertinere omnia ad morbos et vitia corporis, de quibus edictum loquitur; ad vitia animi non pertinere. Veluti, si servus venditus sit levis, iracundus, contumax: si jumenta pavida aut calcitrosa. Itaqoe horum nomine non competere redhibitionem, aut actionem quanto minoris adversus ignorantem venditorem: solum ex empto agi posse, si sciens vitiom animi venditor, non pronuntiasset. *L.* 1. §. *pen.* §. *ult.* in fin. *L.* 4. §. *idem Pomponius*. §. *in summa*, *D. de æd. ed.* Hic tamen quædam animi vitia in mancipiis seu servis excepta sunt, et comprehensa nominatim edicto ædilicio. De quibus nihil necesse fuisset edicto specialiter comprehendi, si appellatione vitii, de quo initio edicti generaliter cautum erat, omnia vitia tam animi, quam corporis intelligi vellent ædiles. Ideo igitur animi illa vitia hic expressa, quia alioqni de vitiis animi eo edicto non cavebatur. Vitia hæc sunt octo, quorum nomine eædem sunt actiones ad redhibendum, qoanto minoris, et in id quod interest, quæ de vitiis corporis. Sunt autem hæc; si servus sit fugitivus; si erro; si noxa admissa, noxa solutus non sit; si capitalem fraudem admiserit; si mortis sibi consciscendæ caussa quid fecerit; si in arenam depugnandi caussa ad bestias intromissus fuerit. Quæ sex comprehensa sunt in eo fragmento edicti, quod exstat in *L.* 1. in pr. *D. eod.* Item si servus sit infamatæ aut ingratæ emptori alicujus nationis: quam ob caussam etiam jubetur venditor servi nationem dicere. *L. quod si nolit*, 31. §. *qui mancipia*, *D. de æd. ed.* Postremo, si veterator pro novicio veneat. *L. præcipiunt*, 37. *D. eod.* Quæ singula quid valeant, melius petetur ex commentario.

XVII. Non eadem caussa servitutum et tributorum, quæ morborum et vitiorum rei venditæ. Primum qoanvis res servitutem debeat, aut tributo vel pensitatione sit onerata, nec de his rebus qoidquam commemoratum sit in venditione: nunquam tenetur earum rerum nomine venditor, si servitutem aot tributum deberi ignoravit. *L.* 1. §. 1. *L. si sterilis*, 21. §. 1. *L. quæro*, 39. *L. in venditione*, 41. *D. de act. empt.* Inter cæteros locos digna est observatu *d. L. si sterilis*, §. 1. ubi diserte scriptum est, si venditor prædii ignorans de tributo nihil prædixerit, quod forte hereditarium prædium esset, eum non teneri. Unde intelligimus non modo eum non teneri in id qnod interest, sed nec ad redhibendum, aut (1) quanto minoris res fuerit, cum venibat. Ut recte

(1) Consentire videtur Pac. 5. Q. 10. quando videlicet nihil omnino dixit venditor ignorans. Secus si per ignorantiam dixit minorem quantitatem tributi, quæ major reperitur, quia tunc actio. Quanto minoris *L.* 9. *Cod. de act. empt.* Sed Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 25. ita; si scivit servitutem venditor et reticuit, tenetur in id quod interest *d. L.* 1. §. 1. *d. L.* 39. Siu ignoravit quanto minoris *d. L.* 61. *de æd. ed. l.* 15 §. *ult. de evict.* Nisi fundum vendiderit quo jure quave conditione est *L.* 10 *et seq. de her. vend.* Aut nisi potestatus, si inopinatum onus emerserit, se nolle teneri *d. l.* 1. §. 1. Idem dicendum in tributo *d. L.* 9. *C. de act. empt.* Et quod, in *d. l.* 21. §. 1. habetur *non teneri*, intelligit Cabotius scilicet ex empto, de quo ibi agitur. Nec, ait, recte ignorantem de servitute nullo modo teneri, licet teneatur de tributo, ratione differentiæ data, quia quævis res censetur libera; prædium autem tributarium præsumitur ex quo provinciale est. Ergo emptor scire debuit tributa deberi. Refellitur hæc ratio quia sequeretur ne quidem scientem venditorem teneri, contra *d. l.* 21. §. 1. Æque enim imputari emptori posset, quod scire debuisset. Et imo nec potuit nec debuit scire tot tributa deberi. Objic. Imo et sciens venditor tenetur. Quanto minoris *d. l.* 9. Ergo non ex empto. Resp. Si reticuit tributum, actione ex empto *d. L.* 21. §. 1. Si autem mentitus, de quantitate tributi non plane reticuit: quanto minoris *d. l.* 9. Ratio differentiæ. Illic ex duplici caussa interesse potest emptoris, et quia minoris empturus, et quia prædium a fisco distrahitur *ute. L. si propr. publ. possit.* Cum autem dicta minor quantitas tantum ex illa caussa interesse potest, ita Cabot. Cæterum adjecta formula, Uti

facturi sint emptores, si initio in re contrahenda de his sibi caveant, si quæ forte servitus, si quod tributum emergat postea, ea præstitum iri. Quod si cum sciret venditor servitutem aut tributum deberi, non aperte certiorem fecit emptorem, quid servitutis aut tributi esset, placet quidem eum quia decepit emptorem, ex empto teneri: *d. L.* 1. §. 1. *d. L. si sterilis*, §. 1. *d. L. quæro*, *d. L. in venditione*, *de act. em.* non tamen ad rem redhibendam, sed quanto minoris emptor empturus esset, si de his factus esset certior, ut sic improvisum onus æstimetur. Nam et hactenus emptoris interest se recte præmonitum fuisse, *d. L. quæro*, illic, *ne alioquin emptor*, *d. L. in venditione*, *de act. em. L. quoties*, 61. *D. de æd. ed.* Non adversatur huic distinctioni, quod scribitur in *d. L. quoties.* Quoties de servitute agitur, victum tantum debere præstare, quanto minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam. Hæc enim verba, *quoties de servitute agitur*, non significant, quoties emptor queritur servitutem esse impositam, quam ignoravit, et eo nomine agit, quanto minoris empturus esset: sed ad jus referenda sunt, atque hoc exprimunt, quoties de servitute jure agitur, seu tunc cum eo nomine jure actio est. Non enim quævis petitio, actio est, sed ea solum quæ constituta est jure. Unde actio definita jus persequendi. Quando ergo de servitute jure agitur? Ex superiore distinctione petendum est. Non semper videlicet, sed tunc cum venditor servitutem deberre sciens celavit emptorem, *d. L.* 1. §. 1. *de act. empt.* Ita conditione juris adjecta idem illud jus superius exprimitur. Sed cur hoc aliter in servitutibus et tributis observatur, quæ non minus rei æstimationem minuunt: aliter in morbis et vitiis, quorum posteriorum nomine dicimus teneri venditorem etiam ignorantem? *d. L.* 1. §. 1. *D. de æd. ed. L. ex empto*, 11. §. *venditorem*, *de act. empt.* Differentiæ ratio est ea, quæ redditur inter servum fugitivum venditum, et servum furem in *L. Julianus*, 13. §. 1. *D. de actio. empt.* Quod scilicet morbosam aut vitiosam rem quodammodo habere non licet; eam autem quæ servitutem aut tributum debet, non minus habere possumus. Quippe morbis et vitiis usus rei venditæ impeditur. *L.* 1. §. *sciendum*, vers. *proinde*, *D. de ædil. ed.* servitutibus et tributis non item,

XVIII. Quartum caput præstationum hujus generis de re vendita est, ut venditor præstet, quod de ea re dixit, affirmavit. Quodcumque is dixit in re esse, nisi quid hic nominatim excipiatur, de quo mox; si id ita in re non est, non aliter tenetur eo nomine, quam si de eo inter emptorem et venditorem convenisset. Idque edicto ædilicio effectum est. *L.* 1. in edicto. *D. eod.* Atque hinc eo edicto triplex actio constituta adversus venditorem: Ad redhibendum, Quanto minoris emptor empturus esset, et Quanti emptoris interest rem talem fuisse, qualis esse dicta est. Redhibitorio, aut æstimatorio judicio ex hac caussa agi posse diserte scriptum est in *L. si quid venditor*, 18. *D. de æd. ed.* Id autem quod interest emptoris etiam hoc nomine præstari, ex ejusdem edicti sententia est, postquam nihil interest, utrum sciens quis decipiat emptorem dissimulando, an id quod non est, temere esse affirmet. Certe id ita traditur in *L. Iulianus*, 13. §. *quod autem*, *D. de act. empt.* Quarum omnium rerum nomine placet venditorem ita teneri ut nihil intersit, utrum sciens falso affirmarit de re, quod non erat, an ignorans, *d. L. Iulianus*, §. *quod autem. L. tenetur*, 6. in princ. *de action. empt.*

XIX. Sed hæc ita sunt, ut paulo ante monui, nisi quid hic excipiatur. Non omne vero dictum est præstandum. Tria sunt, quæ hic placeat non præstari. Primum si quid generaliter dictum sit de re. Proximum, si quod in specie dictum est, palam falsum sit. Tertium, si de modo agri dictum, non sit in modo sed aliunde suppleatur. Principio hoc statuatur, si quod de re dictum præstandum sit, id tale esse debere, ut certum dicatur a venditore, et in specie aut laudis præsentis, aut vitii cessantis, si dixit servum esse literatum, coquum, artificem: aleatorem non esse, non esse furem. Equum esse Hispanicum, gradarium. *L. sciendum*, 19. in pr. *D. de æd. ed. L. ea quæ*, 43. *D. de contr. empt.* Quippe hæc sola ejusmodi sunt, propter quæ consequitur venditor ut pluris vendat. Quæ res sola facit huic præstationi locum, ut declaratur in *d. L. ea quæ.* Quod si quid generaliter tantum venditor dicat (2) commendandi caussa, id in universum tale est, ut placeat non esse præstandum. Ut veluti si dicat servum esse fru-

optimus maximusque est, fundum liberum præstare venditor cogitur *L. pen. de evict. L.* 126. *L.* 169. *de V. S. l.* 59 *h. t. de contr. empt.* ubi fuse Cujac.

(2) Si verbis civiliter ornavit: non omnia ad vivum resecanda, alioqui magna esset venditorum captio et commercia vix consisterent. Laudat venales, qui vult extrudere

gi, bonum equum et generosum, quem vend bat, *d. L. sciendum, de æd. ed.* Apparet enim, quæ in genere ita dicuntur, commendandi tantum caussa dici, quo citius res non ut pluris ematur.

XX. Sed etsi quid in specie dixit venditor, duo sunt in hoc genere, quæ placet non præstari. Primum, si quod dixit venditor, ita fuit in promptu, ut cerni posset ab emptore id ita non esse. Veluti si dicat servum speciosum, domum bene ædificatam, servum sanum qui (3) cæcus erat, *d. L. ea quæ* in princ. et §. 1. Merito: quæcumque enim dicta præstanda esse dicimus, ideo placet esse præstanda, ne emptores decipiantur. Hæc enim caussa est edicti ædilicii proponendi. *L.* 1. §. 1. *de æd. ed.* Non decipiuntur autem, qui quo in statu res sit, non ignorant. Quod et in morbis rei venditæ ante diximus. *L.* 1. §. *si intelligatur*, *L. quæritur*, 14. §. *ult. D. de æd. ed.*

XXI. Sed et in modo fundi, si plusse esse dixit venditor, quam in eo erat, placet interdum id non præstari, si aliunde suppleatur. Quod duobus casibus accidit. Uno, si quis unum fundum vendens, cum in eo nonaginta jugera tantum essent, dicat in eo esse centum, dum errans ita putat: post autem priusquam modus declaretur, atque ita tradatur, tantum alluvione accreverit, quantum initio deerat. Hic, inquam, placet veniam ignorantiæ dari, ut non teneatur venditor in eo, quod totum habet emptor, tametsi aliunde accesserit: cum hoc sine incommodo emptoris contingat. Aliter si sciens de modo sit mentitus: quia semel dolo fecerit, nec alluvione sequente dolus purgetur. *L. Julianus*. 13. §. *si Titius; D. de act. empt.* Alter casus est: si duobus fundis uno pretio venditis, de modo utriusque fundi separatim ita pronuntiaverit venditor, ut in uno plus esse diceret quam erat, in altero minus, ita ut in hoc posteriore aliquid exsuperaret ultra id quod dictum est. Etiam hic placet quantumcumque id erit, quod in uno exsuperabit, eatenus venditorem non teneri ad ea, quæ in altero desunt, sed hæc eo, quod in altero plus est, suppleri: seu quod in uno plus est, cum eo quod in altero deest, compensari. *L. si duorum*, 42. *D. de act. empt.*

XXII. Pro dicto in jumentis ædiles habent (4) omne, quo ornata jumenta vendendi caussa proponuntur: quasi qui hæc ostentet ad venditionem, hoc dicere intelligatur, se jumenta ita vendere, uti proponuntur, eoque et ornamenta accessura. Ideo cavent ædiles, ut uti optime ornata jumenta vendendi caussa fuerint, ita emptoribus tradantur. Si quid autem ita factum non erit, duplicem ex hac caussa actionem dant unam de ornamentis præstandis; alteram de jumentis ipsi ornamentorum nomine redhibentis, prout emptor elegerit; sed utramque dumtaxat intra duos tantum menses. *L. ædiles, ajunt*, 38. *D. de æd. ed.* Vendendi caussa ornatum mancipium quo intelligi debeat, declaratur in *d. L. ædiles ajunt*, §. *vendendi.*

merces. Nec creditur emptor tam fuisse credulus et stolide imperitus, ut illa inani subtilitate captus sit, Balduin. *ad L.* 12. *tabb.* 7. *n.* 15. vid et Cujac. *d. L.* 43. *h. t.*

(3) Si tamen nominatim stipulatus cæcum non esse qui luminibus effossis, valere stipulationem vult, Cujac. *d. loc.* arg. *L.* 4. §. 5. *de doli exc.*

(4) An in venditione fundi veniant fructus, vaccæ vitulos, silvæ ligna incisa, et de similibus, vid. P. Nicol. Mozz. *de Empt. Col.* 4. *de Natural. Emptionis n.* 43. *et seqq.*

CAP. IV.

Extra rem venditam etiam quasdam res esse, quas venditor emptori præstare debeat. Has genere duas esse; Commoda rei venditæ, et certas cautiones. Quæ hæc commoda sint, quæ cautiones.

I. Atque hæ sunt præstationes in re vendita], qua sine alia conventione a venditore exiguntur. Quorum nomine, si forte his non pareatur, quæ sint venditoris obligationes, quæ adversus eum actiones, diximus. Sunt, ut proposui, et præstationes quædam extra rem venditam, quæ similiter ex bona fide venditori injunguntur. Hæ positæ sunt, ut dixi, partim in commodis rei venditæ, partim in stipulationibus quibusdam.

II. De commodis rei venditæ ita jus est, ut quemadmodum, perfecta emptione, periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, sic ex illo pertineat et omne commodum. §. *cum autem, Inst. de em. et vend.* Unde et illud eveniat, ut quæcumque hujus generis commoda sunt, sive pervenerint ad venditorem, sive per eum factum sit, quominus pervenirent, omnia venditor cum re ipsa vendita præstare debeat.

III. Commodum rei venditæ est, quod vel ex re vendita, vel aliunde quidem per occasionem tamen rei venditæ accedit. Ex re hæc sunt: Quod per (1) alluvionem accrevit fundo. Accretum enim cœpit pars esse fundi. Item quod ex re natum est, ut (2) fructus fundi, animalium fœtus, ancillæ partus. Et hæc etiam in primis ad emptorem pertinere constat. De alluvione traditum in *L. id quod, D. de per. et com. rei vend.* §. *cum autem, Inst. de empt, et vend.* de fœtura in *L. venditor. 8. D. de evict.* Maxime vero fructus pertinent. Usque adeo, ut quanvis maturis fructibus ager distractus sit, quo casu apparet maxima parte anni ante venditionem contractam fructus stetisse: placeat tamen fructus emptori cedere. *L. Julia-*

(1) Cujus sit commodum alluvionis pacto redimendi adposito, vid. Zoan. *ad L.* 2. *C. de pact. in empt. n.* 128. qui distinguit inter fundum indiscrete, seu • l corpus, et discrete seu ad mensuram venditum, vid. et Fachin. 2. *Contr.* 6.

(2) *L.* 25. *d. L.* 13. *L.* 16. *Cod. de act. empt.* Et omne emolumentum quod perfecta venditione, ex re pervenit *L.* 1. *Cod. de peric. et comm.* Et si mora in tradenda re commissa, etiam fructus quos potuisset percipere *L.* 21. §. 3. *de act. empt.* Non autem ante venditionem percepti *L.* 2. *in fin. Cod. de act. empt.* vid Jo. Cop. *Lib.* 3. *de fruct. Tit.* 1. *Cap.* 1. Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 11. Covar. 1. *Var. Resol.* 15. *n.* 1.

nus. 13. §. *si fructibus, D. de act. empt.* Merito: sunt enim hi una cum fundo venditi; cum fructus pendentes sint pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vindic.* Et ut nihil aliud, certe sunt commodum rei: quod omne ad emptorem pertinere dicimus.

IV. Sed etsi quid accedat extrinsecus, si tamen per occasionem rei venditæ (3) accedat, æque in commodis rei habendum est, et venditori quæsitum ad camdem præstationem pertinet. Quo in genere partim res quædam habentur, partim actiones.

V. In rebus hujus generis hæc sunt: Per servum venditum venditori quæsita, sive alieno beneficio, sive opera servi quæsita sint. *L. Julianus*, 13. §. *si quid servo, D. de act. empt.* Mercedes ex operis servorum, aut vecturis jumentorum vel navium, pensiones item ex locatione prædiorum perceptæ. *ead. L. Julianus* §. *item, si quid.* Postremo et si quid adjudicatione venditori obtigit per caussam partis venditæ. Utputa, venditor qui fundum cum alio communem habebat, parte ejus vendita provocatus est a socio judicio communi dividundo, et judex pro potestate ejus judicii totum fundum ei adjudicavit. Apparet hic parti venditæ alteram partem accessisse, quæ et venditoris facta sit. Accessisse autem beneficio partis venditæ, ut quæ judicium superius et per judicium superiorem adjudicationem provocarit. Quocirca si pars, quæ accessit, emptori utilis est, in commodo partis venditæ numeranda est. Sin inutilis aut onerosa, aperte ejus partis venditæ habet commodum. Quo fit, ut vel emptor possit eam petere, si sibi commodum judicet, dum æstimationem offerat, quæ pro ea parte præstita jam aut præstanda est. Vei venditor, si eam recuset habere, ut incommodam, possit eam restituere emptori invito, et eamdem æstimationem consequi. *d. L. Julianus*, §. *idem Celsus, D. de act. empt. L.* 7. §. *si debitor, D. com. div.*

VI. Actiones autem hujus generis sunt, quas aut venditor sibi paravit ex locatione rei venditæ, aut aliena injuria ob damnum in ea re datum ei peperit.

VII. Ac de commodis locationis hæc distinctio tenenda est. Refert, cujusmodi res sit, quæ locata est, ea ne, ex qua fructus naturales nulli sint, ut ædes, navis, currus, jumenta vehendi caussa: an ea, ex qua fructus nascantur natura, ut ager. Prioris generis res ante locatas si vendiderit locator, pensiones præcedentis temporis, quo locatio ante venditionem stetit, cedunt venditori, nisi quid aliud convenerit. Usus enim rei per illud tempus fuit venditoris. Proinde et ejus usus commodum. Pro eo autem tempore, quod venditionem secutum est, utrumque evenit, ut et pensiones ejus a venditore perceptæ cedant emptori, cui hæ postea restitui debent: et his non perceptis, cedi debeat ejus temporis actio, nisi convenerit, ut venditor præteritam mercedem exigat, et emptori præstet. *d. L. Julianus*, §. *item si quid*, §. *in his, de act. empt.* Sed solum ex eo tempore. Ex eo enim solo cœpit usus rei, et ejus usus commodum ad emptorem pertinere. Agrum autem qui posterioris generis res est, si prius a se locatum si quis vendiderit: sive tum maturi fuerint fructus, sive postea nati sint, pensiones quidem cedent venditori, eidemque locatori, ut est in *d. L. Julianus*, §. *si in locatis, eod.* cui quippe ex locato quæsita sit actio. Sed cum hac (4) exceptione, quam ex *L. ult.* §. *ult. D. de jur. fis.* huc transferre debemus, ut venditor, cui actio de pensionibus cessit, vel hanc ipsam actionem cedere debeat emptori ad totius anni pensionem petendam, vel perceptam totius anni pensionem totam emptori præstare: optima ratione, quoniam in hoc genere rerum, pensio percipitur propter fructus. Hi autem post venditionem perfectam nati vel percepti, cedunt, ut ante dixi, emptori. *d. L. Julianus*, §. *si fructibus. de act. empt.*

VII. Sed hæc quæ partim de periculo rei venditæ diximus supra *Cap.* 2. partim de rei venditæ commodo, deque præstatione accessionum hoc capite, hanc conditionem habent, quam initio posui, si emptio contracta perfectave sit. *d.* §. *cum autem, Inst. de em. et vend. L. necessario, D. de per. et com. rei ven.* Nondum contracta emptione, quia res venditoris est, eamque ipse alii non debet, ideo illi res sua perit. *L. pignus, C.*

(3) Quid si jactu retis empto aliquid pretiosi incidarit? Milesii extracta aurea mensa, seu tripode, re utrinque agitata, Apollino Delphico consulto, responsum tulerunt neutri dandam esse, sed ei qui in tota Græcia sapientia præstaret. Thaleti primo concessa per septem sapientum ordinem ad Solonem pervenit. Qui affirmans Deum solum sapientem esse, Apollini consecravit, P. Ærod. *Lib.* 1. *Decretor. Tit.* 32. ex Val. Max. *Lib.* 4. *Cap.* 1. et aliis.

(4) Covar. 1. *Var. Resol.* 15. *n.* 3. *et* 4. Aliter A. Fab. 1. *Conject.* 13. qui *d.* §. 11. intelligit quando fructus ante venditionem percepti, per *d. L. ult. de I. fisci* ubi si locatus fundus non fuisset, nec fructum nec pensionem emptor petere potuisset.

de pign. act. Et quoniam ejus periculum est, necesse est etiam ejus esse omne commodum. Inde quæsitum hoc loco, quando venditio contracta videretur. Quod explicatur in *d. L. necessario, D. de per. et com. rei vend.* ad hanc summam tunc (5) contractam emptionem intelligi, cum pure aut in diem contracta est. Si sub conditione facta sit, non prius contractum videri, quam conditio exstiterit. Ac deficiente quidem conditione, nullam esse emptionem. Exsistente autem illa, ita emptionem contractam intelligi, quasi jam ab initio contracta esset in præteritum. His consequens esse, ut quodcunque periculum aut commodum rei venditæ pendente conditione intervenerit, id omne sit emptoris, si conditio exstiterit. Dum tamen eo tempore exstet res vendita, licet deterior facta. Nam si interim res perierit, quantumvis exsistat conditio postea, nulla tamen esse potest emptio, cui res deest, quæ debeatur.

IX. Reliquum est genus alterum earum præstationum, quæ extra rem venditam a venditore potestate judicii ex empto exigantur, positum in stipulationibus quibusdam, quarum finis hic est, atque hic usus, ut quoniam incertum est periculum evictionis, incertum, an morbi aliqui aut vitia in re vendita postea emergant: jam nunc in futurum his cautionibus adversus ea pericula emptori consulatur. Hujus generis stipulationes et cautiones tres sunt.

X. Una est, ut dum petet emptor, stipulanti caveat rem ei habere licere. *L. ex empto*, 11. *§. venditorem, D. de act. empt. L. venditor*, 8. *D. de evict.* Quod nisi repromittitur, nempe actio est emptori in id quod ejus interest id cautum esse, id est in id, quod habiturus foret, si cautio esset interposita neque illi habere liceret, ut est omnium obligationum faciendi conditio, *d. L. ex empto*, *§. idem ait, de act. empt. L. si quis, ab alio*, in pr. et fi. *D. de re jud. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *vers. Celsus. D. de verb. obl.* At enim sine hac stipulatione idem consequitur emptor actione ex empto. Nam si ei rem habere non licet, quia evincatur, non minus ei ex empto actio est in id quod interest. *L. evicta*, 70. *D. de evictión.* Quorum igitur exigere hanc stipulationem, ut videtur, inutilem? neque vero quisquam supervacua cautione onerari debet. *L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut legat. seu fideic. nom. cav.* Sed non si hæc stipulatio continet solum id quod interest, similiter ut ex empto actio; ideo supervacua est aut inutilis. Est enim actio; ex hac stipulatione ad aliquid liberior et plenior in persecutione ejus quod interest. Nam cum sine hac stipulatione præstatur evictio, non condemnatur venditor, nisi in id quod interest emptoris rem evictam non esse. Quo continetur solum, quanti tunc res fuit, cum evincebatur. Unde si fundus mille jugerum venditus sit, deinde post, ducentis jugeribus alluvione ablatis, fundus evincatur: actione ex empto non præstabitur emptori æstimatio nisi octingentorum jugerum, qua reliqua evicta erant, ducenta autem jugera illi perierint. Indicatur in *d. L. evicta*, 70. *de evict.* Contra eveniet, si stipulatus sim mihi eum fundum habere licere. Nam si ducentis jugeribus a flumine aut mari ablatis, postea fundus evincatur, æstimabitur, quanti fundus fuit, cum venditus est, ut sic omnium mille jugerum æstimatio præstetur: quia conditio stipulationis hoc efficit, quæ ad id tempus collata est, quo fundus erat mille jugerum. Hoc Papinianus in *L. ex mille*, 64. vers. 2. *D. de evict.*

XI. Altera cautio est stipulatio et repromissio duplæ. Nam petenti emptori venditor non solum rem habere licere spondere debet: sed etiam hoc amplius, si habere ei non liceat, duplam stipulanti promittere, nisi aliud convenit. *L. emptori*, 37. *D. de evict. L. quod si nolit*, 31. *§. quia assidua*, *D. de æd. edict.* Duplam, id est duplam quantitatem, seu æstimationem rei venditæ: ut in duplæ verbo intelligatur quantitas. Quod vel inde licet intelligere, quod quæ frequentius dicitur dupla, alibi nominatur duplum, ut *L. vindicantem*, 17. in fin. *D. de evict. L. pen. C. eod.* Duplam quantitatem seu æstimationem intelligere debemus, non quanti res vere est, sed (6) quanti vendita est: ut hic duplum ad pretium

(5) Tribus modis dicitur perfecta emptio 1.° ratione obligationis 2.° traditione secuta 3.° Quoad periculum. Sic emptio earum quæ pondere, numero, mensurave constant statim quidem perfecta, nuda conventione, quoad contractum et obligationem, sed non antea periculum emptoris quam admensa, adpensa, adnumeratave sunt *L.* 35. § 5. *h. t.* post alios Erners. Cotlman. *Juris Resp.* 4. *n.* 3. *et seqq.* vid. tamen *infra Lib.* 15. *Cap.* 11.

(6) Duplum hic non est extra pretium rei, sed quanti res empta est, alterum tantum solvit venditor emptori. Ut si emptus sit servus 100 hæc 100. reddit et alia 100. præstat, nec ultra, etsi pluris intersit ut si plus quam 100. in erudiendum hominem impenderit. Soluti enim 200. liberatur venditor et a pretio et

conventum referatur, ut significatur in *L. si fundo*, 53. *D. de eviction.* Quod si petenti emptori dupla non repromittetur, habet emptor actionem ex empto eo nomine, cujus condemnatio est dupli. *L.* 2. *D. de evict. d. L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *de æd. ed.* Sciendum est tamen duplam repromitti oportere solum in certis rebus. Primum soli, ut fundo: *L. emptor*, *C. de evict.* tum ex mobilibus in mancipiis, et jumentis; *d. L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *de æd. ed.* In cæteris autem rebus ita demum, si sint pretiosiores, ut si margarita forte, vel ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat: in aliis non oportere. *L. emptori*, 37. §. 1. *D. de evic.* Sed in hac stipulatione duplæ placet sequi nos debere consuetudinem ejus loci, in quo versamur. Sive igitur alicubi non exigitur duplæ stipulatio, sive exigatur amplioris summæ, ibi ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet. *L.* 6. *D. eod.*

XII. Ex his vero stipulationibus duabus, si interpositæ fuerint, potest intelligi, quæ sint illæ actiones tres, quæ dicuntur competere solere re evicta ob evictionem, commemoranturque in *L. emptor. C. eod.* ex stipulatu, ex dupla, ex empto. Nam de actione ex empto, quæ competat evictionis nomine etiam sine alia stipulatione, initio diximus. *L. evicta*, 16. *de eviction.* Illæ autem aliæ duæ nascuntur ex superioribus stipulationibus. Ex stipulatu est, cum stipulanti emptori venditor promisit habere licere simpliciter. Ex dupla est, quæ est ex duplæ stipulatione. Adjungiturque hæc stipulatio priori, cum ita amplius stipulatur emptor, quod si habere non licebit, duplam dare spondes?

XIII. Tertia cautio pertinet ad morbos et vitia rei venditæ, inducta ædilicio edicto. Non enim hic jubetur tantum venditor prædicere de morbis et vitiis, de quibus eo edicto comprehensum est; sed præterea ut promittat in his caussis rem non esse, præcipitur: puta rem sanam esse, non morbosam, non vitiosam, servum non fugitivum, non erronem. *L. itaque.* 32. *de æd. ed. L. ex empto*, 11. §. 1. *de act. empt.* Utilitas hujus cautionis hæc est, quod venditor si rem vitiosam aut morbosam ignorans vendat, non tenetur ædilicio edicto, nisi ad redhibendum, aut quanto minoris emptor empturus esset. In id quod interest emptoris, non tenetur. *L. Iulianus*, in pr. *D. de act. em.* Stipulatione autem interposita, rem neque morbosam, neque vitiosam esse, incipit venditor teneri in id omne, quod interest emptoris, si res morbosa aut vitiosa fuerit. Semper enim venditor præstare debet, quod dixit. Multo magis si quid recte futurum stipulatione promisit *L. si ita quis.* 31. *D. de evic. d. L. Julianus*, §. *quod autem*, *de act. em.* Quid si de his non caveat venditor postulante emptore? Pollicentur ædiles ex hac caussa adversus eum et ad redhibendum judicium, et quanto minoris intersit.

ab eo quod interest, Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 44. *de act. empt.* A. Fab. 3. *Conject.* 1. putat interposita duplæ stipulatione novari et perimi actionem ex empto, per *L.* 1. §. 2. *de stip. præt.* et agi tantum posse ex stipulatu, non ex empto ad id quod intersit, licet supra duplum intersit, per *L.* 60. *de evict. L.* 4. *de act. empt.* Nec obstare *Leg.* 18. *de evict.* quia sic interpretanda illius verba *ex stipulatione*, si illa intervenerit, *vel ex empto*, si omissa stipulatio. Sed de his an vera sint non injuria aliquis ambigat. Firmandæ enim et corroborandæ, non infringendæ minuendæve obligationi accedit stipulatio. Nec novatio fieri intelligitur, nisi aperte expressum, saltem jure novo, *L. ult. C. de novat.* et *in d. L.* 1. §. 2. Florentini codices exhibent, *ut si nova actio non vero ut fiat novatio*, ceu legit Faber *d. C.* 3. et 70. *Err. pag.* 6. *Prag.* 430. Ex *d.* vero *L.* 60. et *d. L.* 4. nihil firmiter inferri facile legenti patet. Quid quod Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 61. §. 8. *de furt.* contendit, quia quæ consuetudinis sunt, veniunt in bonæ fidei judicium: hæc autem stipulatio duplæ assidua in venditione mancipii: ideò agi ex empto etiam in duplum, etsi venditor non caverit. Quanquam nec id mihi persuaderi patior per *d. L.* 4. *de act. empt.* Immo retorqueo. Quia usus fert communis interponi stipulationem, debuerunt et illi contrahendo sese accommodare. Quod dum non fecerunt, se ab eo recedere testati sunt. Nec obstat *L.* 31. §. 20. *de æd. ed.* Ibi enim actione ex empto non exigitur præstatio duplæ, sed ipsa stipulatio quam venditor jure postulare potest, etiamsi simplum per errorem stipulatus *L.* 37. §. *ultim. de evict.* licet si stipulationem præstare renuat venditor in duplum condemnandus sit. *L.* 2. *de evict.* vid. et A. Fab. 2. *Conject.* 3. Cæterum si ex stipulatu agatur, æstimatur bonitas ex tempore venditionis *L. bonitatis* 31. *et* 2. *seqq. de evict.* Si ex empto ex tempore quo evincitur *L.* 66. §. *ult. L.* 70. *d. t.* Hæc enim in id quod interest datur et bonæ fidei est, illa stricta, qua inspicitur quod convenit, non an res minor vel major facta *L.* 64. *d. t.* Cabot. 2. *Disp.* 28. Committitur quoque stipulatio re evicta venditori ante traditionem factam per *L.* 3. *de doli exc.* Cujac. 25. *Obs.* 26.

sed prius intra duo menses, posterius intra sex dumtaxat. *L. si venditor*, 28. *D. de æd. ed.*

XIV. In his tribus cautionibus quæritur, qualem cautionem accipi oporteat, nudamne repromissionem, an et satisdationem. Nam quibusdam locis satisdationem ex supra scriptis caussi exigi legimus, ut *L. ex empto*, 11. §. *idem ait. D. de act. em. L. penult.* §. *ult. D. de per. et com. rei ven.* Sed in *L. emptori*. 37. in pr. *D. de evict.* diserte scriptum est, ita duplam promitti a venditore oportere, ut tamen non satisdetur, nisi specialiter id actum sit, sed ut repromittatur. De simplici autem cautione habere licere, nihil amplius traditur in *d. L. ex empto*, §. *venditorem, de act. em.* quam ex empto actionem esse, ut habere licere caveatur. Sic et de morbis vitiisve nihil amplius exigitur a venditore, quam ut de his caveat, *d. L. si venditor. de æd. ed.* Cautionis autem verbo nuda tantum promissio accipitur, non etiam fidejussio. *L. sancimus*, *C. de verb. signif.* Verius est igitur in omnibus supra scriptis cautionibus nudam tantum repromissionem exigi, non satisdationem. Una hæc exceptio est, nisi venditor, re tradita, pretium petat eo tempore, quo jam dominii quæstio emptori moveri cœperat. Placet enim propter periculum imminentis jam et denuntiatæ evictionis ita audiendum esse venditorem pretium petentem, ut tamen simul et emptori de evictione recte cautum esse debeat, ne cum re etiam pretium amittat. Idcirco non aliter eum pretium solvere cogendum quam si fidejussore idonei a venditore ejus evictionis offerantur. *d. L. pen.* §. *ult. de peric. et com. rei vend.* Nam quod dicitur in *d. L. ex empto.* §. *idem ait*, *de act. em.* satis non dantem auctorem quanti plurimi periclitari oportere, sic accipiendum est, ut sit sensus, non satisdantem, quo casu scilicet satisdare debet, tanti periclitari oportere. Debet autem satisdare, cum id promisit, aut in venditione id ita futurum pactus est. *d. L. emptori*, in *pr. de evict. L. si quis ab alio*, *D. de re jud. L. si quis stipulatus*, 112. *de verb. obl.* Quod sic interpretandum dicimus, ut in *d.* §. *idem ait.* intelligatur esse quæstio, non an debeat venditor satisdare, sed cum debet, ad quid teneatur: de quo illic Ulpianus respondeat.

XV. Atque hæc venditoris obligatio est, hæ ab illo superiorum rerum præstationes quæ si ab illo ultro obtinentur, obligatio sublata est. Si non obtinentur, est earum omnium rerum nomine actio emptori constituta, quæ ex empto appellatur. *L. ex empto*, 11. in princ. *D. de act. empt.* Nomen ex persona et re, unde nascitur. Est enim origo ab emptore, emptor a facto, quo rem sibi emit. quod factum appellatur emptum. Eadem dicitur empti actio, ut in iscriptione Tituli, *de actionibus empti, et venditi.*

CAP. V.

Quid emptor venditori præstare debeat judicii potestate, et quæ eo nomine actio.

Tria præstanda ab emptore venditori; et quæ. I.

1. *Pretium: Hoc emptore tenetur facere venditoris. licet hic, re tradita, liberetur.* II.

Differentiæ ratio. III.

Quæ alia ex præstatione pretii consectaria. IV.

2. *Res quæ in actionem ex vendito deducuntur. Hæc cujusmodi. Exempla.* V.

3. *Sumptus necessarii atque utiles in re vendita ante traditionem facti.* VI.

I. Sunt etiam invicem, quæ emptor venditori præstare debeat judicii potestate, constituta eo nomine venditori actione; cui similiter ex persona et re, unde oritur, nomen est, diciturque ex vendito, seu venditi. *L. Iulianus* 13. §. *ex vendito.* et in inscriptione Tituli. *D. de act. empt.* Quæ ex hoc genere emptor venditori præstare debeat tria sunt; pretium; res quæ per occasionem emptionis ad emptorem pervenerunt, extra caussam tamen emptionis: sumptus a venditore in rem venditam utiliter facti.

II. Pretium semper; quoniam nulla emptio sine pretio, quod pro re vendita præstetur. Sed quod in traditione rei traditæ leviter attigimus rejicientes in hunc locum, id hoc loco monendi sumus, non eamdem esse præstationem pretii, quæ ab emptore exigatur, et rei venditæ tradendæ, quæ proficisci debeat a venditore: et simul investinganda differentiæ hujus ratio, quæ ut in

præstationibus mutuis et æqualibus non facile cuivis occurrat. Est ergo hoc discrimen, ut quanvis hic pecunia pro re, et res vice mutua pro pecunia præstetur: *L. naturalis*, 5. in pr. *D. de præscr. verb.* tamen ita jus sit, ut venditor rem venditam solum tradere debeat, ut quanvis forte tradiderit alienam, liberetur, tantumque obligetur ob evictionem. Contra emptor nummos, quos præstat pretii nomine, venditoris facere cogatur, ut si alienis solutis, cum alii petuntur, dicat se evictionem eorum præstaturum eoque jubeat eam evictionem exspectari exemplo rei venditæ, non audiatur. Hoc diserte traditum in *L. ex empto*, in pr. *D. de act. em.*

III. Hic vero quæritur (1) differentiæ ratio. Nec immerito, cum in his rebus, quarum una pro altera vice mutua præstatur, æqualitas commutationis et commercii eamdem præstationem ab utraque parte exigere videatur. Et de distinctione superiore, deque objectione subjecta sic habeatur: si natura emptionis eandem præstationem in re vendita, quam in pretio rei ferre posset, omnino etiam in re vendita eamdem admitti debuisse. Sed si in pretio rei venditæ eam præstationem emptio admittit, in re vendita non nisi traditionem et obligationem de evictione: necessitas cogit id servari in hac re, quod naturæ contractus convenit. Atqui si res aliena forte vendita est, necesse est aut nullam esse traditionem, aut superiorem traditionem admitti. Nullam esse debere hic traditionem dicere non licet. Nam et naturæ emptionis, et obligationi repugnat. Aliam esse posse traditionem, nempe eam, qua res detur, ne hoc quidem in proposito licet dicere, quandiu res vendita aliena erit. Quid enim? rei alienæ dominium venditor transferet? At non potest transferre, qui ipse dominus non fuit. *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom. L. nemo plus. D. de reg. jur.* Dabit aliam, sed suam? at neque hanc debuit, quia non vendidit: neque adeo si maxime velit, solvere potest jure emptionis, quia aliud pro alio solvi invito creditore non potest. *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Restat igitur, ut si emptionem in omni re tum nostra, tum aliena valere volumus, hoc statuatur sic venditorem obligari debere, ut rem tradat, quomodo diximus; quo fiat, ut si prius ipse dominus fuit, dominium transferat, si non fuit, præstet solum evictionem. Neque juste dicet emptor iniquum esse sibi non idem præstari, quod ipse præstet venditori. Consequitur enim re ipsa idem nihilominus, dum ei possessio vacua idest sine interpellatione præsente cujusquam, et re evicta evictio ei præstatur. In pretio autem emptionis contra evenit, ut semper emptor pecuniam pretii facere possit venditoris jure solutionis. Idcirco quod recta potest, et debet, etiam recte ab illo exigitur. Nam qui fundum emit, exempligratia, centum aureis; centum aureos certos non dixit, quos præstaret, puta hos aut illos; sed centum in genere, centum quoslibet, unde illos exprompserit. Hæc res facit, ut si primo solverit centum alienos, recte ab illo exiguntur alii centum, quos in venditorem transferat, quia alios suos habere potest natura; dum autem alios præstabit, non est periculum, ne dicatur aliud pro alio solvere, quia hos debuit, non eos, quos prius solvit: utpote alienos, quos nequaquam debet, quandiu alios potest recte facere venditoris. Quod si aliquando ut in pecunia pretii genus debetur, sic in re vendita eveniret, ut venderetur genus, puta decem boves, decem equi: idem hic quoque exigeremus a venditore, ut eos boves aut equos præstaret, qui fierent emptoris, nec alienos dando liberaretur, arg. in *L. qui concubinam*, 29. §. *si heres*, *D. de leg.* 3. *L. heres servum*. 58. *D. de evict.*

IV. Hoc in pretio statui id efficit, ut si emptor pretii nomine alienos nummos solverit, non possit agere ex empto utiliter, ut sibi res vendita tradatur, nisi alios nummos

(1) Vulgo DD. ita. Quia venditor speciei, emptor autem generis debitor, ideo cum ille gravius oneretur in eo, quod ipsam rem in specie tradere cogitur, relevari in eo quod tradere, non dare tenetur, Accurs. et Bart. in d. L. 11. §. 2. et Jas. *actionum*, 28. *l. de act.* n. 134. Mozz. *de Empt. Col.* 3. *de Substantial. Emptionis* n. 9. Coras. *ad L. ult.* (ipse penult.) *de servit.* n. 4. et Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 50. n. 3. Sed reprobant eam. Ant. Fab. 6. *Conject.* 9. 1.° quia hoc discrimen non ex æquitate, sed certa juris ratione. 2.° Imo non hic est favor venditoris, qui re evicta, tenetur ad id quod interest, quod sæpe pretium et æstimationem rei egreditur, et Henric. Heidecc. *ad L. naturalis* 5. *de præsc. verb. axiom.* 18. quia heres legatario et promissor stipulanti ad speciem certam obligati, rem tamen accipientis facere coguntur. Faber autem sic: *d. Cap.* 9. Quia inter venditorem et emptorem non id agitur præcipue, ut dominium transeat, sed tum demum si dominus sit qui vendit. Nec inutilis alienæ rei emptio, ex qua et usucapiendi caussa et indemnitati emptoris consulitur, certis remediis. Emptor autem dare cogitur, quia alias solvendo alienos nummos liberaretur omnino, vel ad id quod

suos venditori (2) offerat. *L. Iulianus*, 13. §. *offerri*, *D. de act. empt.* Hoc amplius quamvis nummis alienis solutis res tradita sit emptori: tamen nisi alii offerantur, qui fiant venditoris, potest is rem ut suam vindicare, ad quoscumque possessores ea pervenerit. Res enim venditæ et traditæ ita demum venditoris esse desinunt, et fiunt emptoris, si pretium recte solutum sit, aut (3) fides habita de pretio, ut in dominiis per traditionem transferendis supra diximus.

V. Alterum genus præstationis in emptoris obligatione est, venitque in actionem ex vendito, quod secundo loco posuimus: res nimirum, quæ per occasionem emptionis ad emptorem pervenerunt, cum essent extra caussa emptionis, id est cum jure emptionis ad eum non pertinerent. Hujus generis res sunt, quas rem venditam secutas, aut in re vendita inventas emptor per occasionem rei venditæ et traditæ una cum ipsa re occupavit, cum tamen jure emptionis ad eum non pertinerent. Tale est, servo vendito, peculium servi, quod nisi nominatim convenerit, ut accederet, servum distractum non sequitur. In eadem caussa est, etsi quid postea accessit ei peculio. Ideo id totum ex vendito reddendum venditori. *L. quoties*, 29. et 2. seqq. *D. de contr. empt.* Tales fructus, quos ante venditionem contractam perceptos, cum jussi non essent venditioni accedere, emptor per occasionem rei venditæ invasit: quos ideo placet actione ex vendito reposci posse. *L.* 2. in fin. *C. de act. empt.* Constat enim commodum omne rei venditæ ut post contractam emptionem ad emptorem pertinet; sic ante editum venditoris manere: quo in numero sunt hi fructus. *L.* 1. *C. de per. et com. rei vend.* §. *cum autem*, *Inst. de empt. et vendit.* Cum autem et hi, et peculium superius per occasionem emptionis occupentur, quasi et ad emptionem pertineant: recte fit, quod earum obligatio et repetitio ad judicium venditi revocatur; ad quod pertinet efficere, ne plus emptor sibi sumat jure empti, quam venditio ei concedat.

VI. Postremum genus superiorum præstationum, quibus tenetur emptor venditori, sunt sumptus a venditore in rem distractam facti. Sed in eo hæ sunt conditiones tres; si bona fide facti sint; si post venditionem contractam; si ante traditionem. Quorum duæ priores comprehensæ sunt in *L. pen. C. de act. empt.* tertia espressa in *L. Julianus*, 13. §. *præterea*, *D. de act. emp.* quorum vis et ratio paucis exponenda est. Exigimus primum, ut sumptus facti sint bona fide. Conditio addita, ut removeantur voluptarii et non necessarii sumptus: significentur autem necessarii et utiles: quales sunt, si quid in restitutionem ædificiorum distractorum, in culturam agri, in fructuum perceptionem, collectionemve, in servi aut animalis ægri curationem venditor erogavit. In eadem caussa est, et si quid impendit in eas res, quas constet emptorem velle impendi, quamvis parum utiliter, *d. L. Julianus.* §. *præ-*

interesset venditoris, obligaretur, contra juris rationem *L.* 3. *de in lit. jur.* In quo fere concinit Loriot. *de Jur. arte Tr.* 17. *Ax.* 113. Quia id quod interest pretii respectu, quod nulla re æstimari potest, considerari nequit, et Charond. 3. *Verisim.* 12. quia nummi qui certi sunt, *L.* 3. *de in lit. jur.* in obligationem ejus quod interest, quæ omnino incerta *L. ultim. Si quis in jus voc.* converti nequeunt *L. ult. a contrario sensu de pret. stip.* Sed et hæc ratio displicet Heideccin. quia etiam pecuniæ nomine interesse recte petitur *L.* 4. *de eo quod cer. lo.* Quare hanc reddit: quia usus pecuniæ nullus, nisi accipientis fiat. Quæ et Wesembecii est *in Par. de act. empt. n.* 7. Arumæ. *ex Justin.* 14. *Th.* 4.

(2) Prius enim implera debet contractum, qui prior agit. Si emptor, offerat pretium *d.* §. 8. Si venditur, prius tradat rem. Quod tamen non semper servari potest. Nam si alterutrius fides vel facultates suspectæ, securitas alia via parari potest, vel interpositis satisdationibus *L.* 26. *de æd. ed.* vel merce et pecunia apud aliquem deposita *L.* 39. *de solut.* Cujac. 23. *Obs* 15.

(3) Si res ante pretium tradita, fide de illo non habita, tenetur emptor ad usuras, *L.* 5. *C. de act. emp.* juxta valorem fructuum rei venditæ, quos percepturus erat, si non vendidisset: etsi ex mora nullum incommodum sensit venditor. Satis enim est quod emptor illos fructus sine caussa perceperit. Cæterum si damnum ex mora, idque excessit valorem fructuum, tenetur quoque ad illud, vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 50. *n.* 6. et 6. 7. Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 9. Covar. 3. *Resolut.* 4. Ubi autem periculum evictionis imminet, emptor, re licet accepta, non cogitur solvere pretium *L.* 5. *L.* 24. *Cod. de evict.* Sed quia versuti debitores, ut solutionis tempus extrahant, sæpe curant sibi litem moveri, quomodo illis obviam iri possit, vid. Menoch. *de Arb. Cas.* 224. Sed nunquid, fide de pretio habita, in creditum itur? Ita Vult. Jac. Scultet. *in Addit. ad Modest. Pist. P.* 2. *Quæst.* 59. *n.* 15. Quod non puto, si aperte conventum id non sit, quin etsi conventum, res valde dubia ob pugnam *L.* 15. *de reb. cred.* et *L.* 3. *pr. Mand.* Nec censendus est venditor judicium bonæ fidei ex vendito, quod plenius et uberius condictione certi quæ ex mutuo, tacite remisisse.

terea. Hæc actione ex vendito exiguntur ab emptore, *ibidem*; quia etsi venditor in his sumptibus faciendis gessit negotium emptoris; gessit tamen non sua voluntate, sed ut venditor, qui jure emptionis facere necesse habuit; ut factum ex obligatione empti et venditi nascatur. Meminisse enim debemus ejus, quod supra diximus, venditorem inter cætera in re distracta custodiam, et diligentiam rei tuendæ omnem adhibere debere. Hujus autem custodiæ et diligentiæ pars est, eos sumptus facere, si venditor potest. Neque tamen de suo præstare cogitur, cum incommodum sit rei venditæ, si quid res vendita laborans desideret, ut fiat, ne res pereat, aut deterior fiat. Incommodum autem post perfectam emptionem omne emptoris. Volumus hos sumptus fieri post contractam emptionem: quia quidquid hic est incommodi non ante ad emptorem pertinet. *L.* 1. *C. de peric. et com. rei vend.* §. *cum autem*, *Inst. de empt. et vendit.* Volumus fieri ante traditionem; non sane quod si re emptori jam tradita venditor eorum quæ supra scripta sunt, quid fecerit: non habeat actionem adversus emptorem ad eos sumptus repetendos. Habet enim negotiorum gestorum actionem, quæ proposita est omnibus, qui in res alienas quid impenderunt utiliter. *L.* 2. *D. de neg. gest.* Sed quod non habeat in eam rem actionem ex vendito, qualem nunc quærimus ex obligatione empti et venditi descendentem. Nam qui ita impendit post rei venditæ traditionem, nulla obligatione venditionis cogente impendit: utpote re tradita, omni obligatione rei custodiendæ, et tuendæ liberatus. Quo casu sola negotiorum gestorum actio competit. *L.* 6. §. *cæterum*, *D. com. divid.*

CAP. VI.

De locatione et conductione: Quid sit: Quæ personarum, rerum et factorum in hac contrahenda distinctio: Quæ in his verborum notatio.

Locatio et conductio emptioni finitima: et qua in re differat. I.
Locatio alia rerum, alia factorum: distinguendi caussa et ratio. II.
Locatio rerum quid. Quæ in ea personarum factorumque appellatio, et de etymo, seu notatione Verborum. III.
Locatio factorum quatenus ex eorumdem conditione æstimanda; et quando hæc emptionis, aut innominati contractus formam potius, et naturam teneat. IV.
Non eadem semper in illa appellatio factorum et personarum; et quomodo certa eorum definitio explicanda. V.
Locatio tria desiderat, et quæ: iisdem regulis juris, quibus emptio venditio, continetur: par utriusque ratio: qualis: et quid in utraque dissimile. VI.

I. Emptionem sequitur locatio et conductio, finitimum emptioni genus. *L.* 2. *D. loc. et cond.* Est autem locatio et conductio et ipsa (1) contractus mutuæ præstationis, sed quo id agitur, non ut pro re, ut in emptione, sed ut pro usu rei, aut operæ, quæ quidem locationem recipiat, pecunia detur. Sic descriptio est hujus generis indicata his locis: *L.* 5. §. 1. *D. de præscr. verb. Inst. de loc. et cond. L.* 2. in fin. *D. loc.*

II. Contrahitur locatio non uno modo: quod pro conditione rei subjectæ accidit. Alia enim rerum locatio est, alia factorum. Est autem hoc discrimen duplex. Nam res privatis usibus subjectæ, omnes locationem recipiunt: et in harum ipsarum locatione semper una et certa persona locatoris, una et certa conductoris. In factis utrumque contra. Nam neque omnia facta locari possunt; et quæ possunt, variatur in his pro qualitate facti, locatoris et conductoris appellatio; ut alias dicatur locator, qui operam præbet; conductor, qui dat pecuniam. Alias e converso ille conductor, hic locator. Quæ cum appareat una definitione non contineri, de his separatim dicendum est.

III. Ergo in rebus sic locationem et conductionem recte definiemus, ut sit locatio et

(1) Contractus ex consensu, certa mercede faciendi aliquid vel utendi, Vult. *in pr. I. h.* 1. *n.* 4. Contractus ex consensu de re vel hominis opera certa mercede fruenda, Hot. *in Comm. D. h. t. in pr.* vid. et Mozz. *de Locat. C.* 1. *n.* 12. *et seqq.* In quibus conveniat vel differat ab emptione Vult. *in d. pr. n.* 8. *et seqq.* (ubi *n.* 22. infert in quibus maxime videtur similis in iis, cum primis discrepare, maxime in quibusdam casibus) et Mozz. *d. Cap.* 1. Vid. de hac materia Gomez. 2. *Res.* 3. Fachin. 1. *Contr.* 85. *et seqq.* Goed. *ad L.* 5. §. 1. *de V. S.*

conductio rei, cum res alicui utenda fruenda datur, certa pecunia constituta: quæ pro usu præstetur. Ut illinc re frui licere, hinc pecuniam dari debere pro usu efficiat rei locationem. *L. si quis*, in pr. et §. 1. *L. sed addes*, 19. §. *si dominus. L. si in lege*, 24. §. *colonus. L. si fundus*, 33. *D. loc.* §. *præterea*, et §. *adeo*, *Inst. de loc. et conduct.* In quibus sic factorum et rerum istarum distinctio et appellatio est, ut qui rem fruendam dat certa pecunia constituta, rem locare, unde et locator ipse, et hujus factum locatio; qui autem fruendam accipit, conducere dicatur: ex quo et conductor, et factum ejus conductio. Ideo et illi ex locato actio adversus eum, qui fruitur; et huic ex conducto adversus eum, a quo res proficiscitur. *L. si quis*, 9. §. *ult.* et *L. seq. L. ex conducto*, 15. in pr. *D. loc.* Atque hic conductor generaliter in rebus omnibus. Quod si res soli est, in agro quidem colonus. in ædibus inquilinus dicitur. *L. re pignoris*, 37. *D. de acq. pos. L. ex conducto*, 15. §. 1. *d. L. sed addes*, 19. §. *illud*, §. *si inquilinus*, *d. L. si in lege*, 24. §. *si colonus*, §. *si domus*, *L. si merces*, 25. §. *conductor*, *D. locat.* Pecunia autem quæ datur, dicitur generaliter merces; *Inst. eod.* in pr. in rebus (2) immobilibus specialiter pensio. *d. L. ex conducto*, §. *Papinianus*, *d. L. sed addes*, §. 1. §. *si quis cum. L. quæro*, 54. *D. loc.* Quorum verborum hæc ratio et notatio est. Locare est, rem (3) aliquo loco constituere, et ut Varro loquitur *Lib.* 4. *de ling. Lat. facere, ut res uspiam consistat.* Proinde maxime propric tunc, cum fit, ut res consistat loco suo, idest eo, quam res natura sua desiderat. Id autem facit, omnis. qui rem suam alii fruendam dat certa mercede. Sic enim rem suam constituit apud alium, ut inde fructum rei percipiat, mercedem, cum alioqui fortasse res illi esset vacatura. Ac tunc maxime res bene et suo loco si'a intelligitur, cum fructum ad quem ferendum parata est, domino suo reddit. Conducere autem (4) secum ducere proprie significat. Ad eos, qui rei usum accipiunt certa mercede, traductum ex hoc initio. Primum enim ex re recte usurpari cœptum in hac significatione in latronibus seu lateronibus, et stipulatoribus regum. Hi enim sunt auctore Varrone. *Lib.* 6. *de ling. Lat.* qui redempti sunt primo, ut circum latera essent regi: quorum opera quia in eo erat, ut una ducerentur cum rege, ut eum stiparent, ideo non duci simpliciter, sed (5) conduci dicebantur. Et conducebantur, inquit Varro, mercede. Hinc factum, ut ex conducendi verbo etiam merces pro hac opera intelligeretur. Id autem proprium ejus conductionis, quam in hoc contractu nominamus, cum scilicet alios usu nostro conducimus certa mercede. Verbum postea translatum ad res ipsas; primum mobiles, quas mercede accep'as usu nostro nobiscum ducimus: tandem etiam ad immobiles. Inter conductores autem rerum soli, colonus specialiter dictus ab agro colendo: Inquilinus quasi incolinus, ut qui ædes incolat, idest inhabitet. Mercedis verbum dictum vult idem (6) Varro a merendo: ære fortasse rectius dictum putemus ex eo, quod in rem'i cedat: quia verbum merces nec scribitur per æs diphthongum, nec inflectitur ita, ut sit merces, merceris. Quorum tamen utrumque fit in verbo æs æris. At merces mercedis cum dicimus, in hac inflexione utrumque illud, quod dixi, agnoscere possumus. Sed sive hoc, sive illud placet, convenit rei pariter utraque notatio. Est enim merces ea pecunia, quam quis usu rei suæ, aut opera sua meretur, seu meret. Unde mercenarii, qui opera sua ita merent, et quæstum faciunt. Pensio, quod statis temporibus pro usu rei penditur Atque hæc rerum locatio, et in his superiorum verborum distinctio ac significatio est.

IV. Factorum, ut dixi, non eadem causa. Nam primum non (7) omnia facta etiam

(2) Et in his solis Cujac. 4. *Obs.* 26. Vocatur et pretium *L.* 28. §. *ultim. L.* 51. §. 1. *L. insulam* 58. *hoc tit. l. ult. ad L. Rhod. de jac.* sed crebrius merces.

(3) Ita et Don. noster *de Præsc. verb. Cap.* 4. *n.* 3. quia re accepta in ea aliquis tanquam in constituto loco operam suam locat et conductori impendit. Hupper. *Lib.* 4. επιθέτων *pag.* 157. quod locum alicui ac sedem locator concedat.

(4) Aliter Hupper. *d. loc.* a conducibili, quod commodum rei ac fructus conductor percipiat.

(5) Fest. *Lib.* 10. Nic. Perot. *Cornucop. in* 2. *Martial. Epig. f. mihi* 233. *et in* 27. *Epig. f.* 808. Coras. *ad L.* 13. *de off. præf. n.* 2. Joan. a Woweren. *Animadv. in Petron. ad pag.* 91. *v.* 12.

(6) *Lib.* 4. *de Ling. Lat. f. m.* 1125. qui tamen *eod. Lib. f. m.* 1139. a merendo simpliciter derivat, et Perot. *Cornucop. in* 2. *Martial. Epig. f.* 140.

(7) Vulgo sic: ref. Loriot. *de Jur. arte Tr.* 17. *Ax.* 132. Facta conductitia quæ vel meri facti, ut ire Romam; vel non momentanei; ut meo nomine litigari. Non autem quæ sunt juris et facti momentanei, ut vendere, manumittere. Refellit hoc Loriottus, quia ut Romam eas, non est Locatio *L.* 5. *pr. de cond. ca. da.* Ut rem oppignores est

jure non improbata, recipiunt locationem, ut maxime pro iis detur pecunia. Quædam locari possunt; quædam non possunt. Id Paulus exemplis hic explicat in *L. naturalis*, 5. §. 1. *D. de præscr. verb.* Locari potest, inquit, veluti *ut tabulam pingas*, supple meam. Locari non potest, veluti *ut servum manumittas*; nempe tuum. Nos his exemplis similia comparantes deducimur similitudine in definitionem harum rerum generalem. Et res ita habet, quod et aliis locis eorumque exemplis in eamdem definitionem consentientibus declaratur. Quod factum quis nostro nomine exercet aut in re nostra, aut nostra persona, id tale est, ut possit locari. At tunc vere erit locatio, cum mercede constituta exercebit. In re nostra: veluti si convenerit mihi tecum, ut tabulam meam pingas, ut in area mea insulam ædifices, ut ex auro meo mihi vas aut annulum conficias. Quæ definitio prope expressa est in *L. Sabinus*, 20. *L. convenit*, 65. *D. de contr. empt.* exempla *ibidem*, in *L.* 2. in fin. *D. locat.* §. *item quæritur, Inst. eod. d. L. naturalis*, §. 1. *de præscr. verb.* In persona nostra; veluti, si dem nautæ, aut aurigæ, ut me vehat. *L. sed addes*, 19. §. *si quis mulierem, D. locat.* Unum genus operæ exceptum est, agrimensoris videlicet; qui quanvis mercedem habeat pro opera: non crediderunt tamen veteres, inquit Ulpianus, cum tali persona locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi: et id quod datur, ei ad remunerandum dari: et inde honorarium appellari. Hoc ille in *L.* 1. in pr. et §. 1. *D. si mens. fals. mod. dix.* Contra si quis quod facit meo nomine. Id certa pecunia constituta exercet in re sua, aut in aliena, hic locatio non est: sed aut emptio, aut alius contractus innominati genus. Emptio est, si certa pecunia constituta, quid facit in re sua, quam postea facto suo adornatam nobis tradat. Veluti si convenerit cum opifice, ut mihi statuam, vas, annulum, vestem ex materia sua faceret, sic deinde traderet. Toties enim emptio est, quoties substantia rei traditæ proficiscitur ab eo, qui tradit. Sic res definitur in *d. L. Sabinus*, et *d. L. convenit, de contr. empt.* congruunt item exempla *d. L.* 2. *D. loc.* et §. *item quæritur, Inst. eod.* Aliud genus est contractus, cum quis quid ita facit in re sua, ut eam rem non transgrediatur; certe non debeat postea ea res in nos transferri. Quod genus est illud Pauli, cum do tibi pecuniam, ut servum manumittas *d. L. naturalis*, §. 1. *de præscr. verb.* Quod multo magis dicendum est, si quis quid faciat in re non sua, sed aliena, quam similiter nobis non tradat. Cujusmodi est, si pecuniam tibi dederim, ut Romam eas meo nomine. In qua specie cum mihi detur dati repetitio, prius quam Romam juris; in *L. si pecuniam*, 5. in princ. *D. de cond. cav. dat.* ea re satis declaratur in eo negotio non contrahi emptionem, aut locationem, cum in his, ut in emptione diximus, ea de quibus convenit, etiam ultro peti possint: proinde semel data, multo magis retineri, ex regula juris. *L. invitus.* §. *primo, D. de reg. jur.* Emptionem non esse perspicuum est, cum nulla sit res, quæ mihi abs te tradatur. Locationem non esse ex eo intelligimus, quod id quod fit, id est ipsa itio, per aliena loca exercetur. De quo scripsi plura in *libro de præscriptis verbis, Cap.* 4. Locationem in his, an aliud genus contractus ob rem dati contrahi dicamus, multum interest. Nam si locatio est, solo consensu obligatio nascetur. Sin illud alterum genus contractus, non nascetur. Ut et in emptione de permutationis placet supra diximus. *L. ex placito, C. de rer. permut. L.* 1. *D. eod.* Præterea in locatione et similibus contractibus, qui consensu contrahuntur, quod semel datum est ex fide contractus, repeti non potest: ut pretium numeratum ab emptore quanvis venditor rem non tradat. *L. si non donationis. C. de contrah. empt.* In aliis si quid datum est ob caussam, veluti ut Stichum manumittas, caussa nondum secuta ex pœnitentia repeti potest, ut modo attigi. *d. L. si pecuniam, D. de condict. caus. dat. d. L. naturalis*, §. *primo, D. de præscr. verb.*

V. Cum factum exsistet ejusmodi, quod recipiat locationem, nondum tamen certum in hoc genere, qua in persona ponamus locationem, in qua conductionem, ut quid si horum alterutrum in factis, in universum definire possimus. Non enim ut in locatione rei, ita hic una et eadem personarum et factorum (8) distinctio atque appellatio est. Est cum is qui operam præstat,

L. 19. §. 1. *de præs. verb.* Ipse *sic. Ax.* 133. inter eas personas quæ locare consueverunt *L.* 1. *pr. Si men. fal. mod.* factum locatum dici, quod in re locantis fieret ex. gr. tabulas pingere, facere rivum *L. ult. hoc tit.* custodire servum.

(8) Ita Cujac. 2. *Obs.* 28. Non semper qui mercedem accipit, locator, conductor qui dat. Nam qui domum faciendam dat, locat: qui suscipit, conducit, et passim *h. t. L.* 2. *L. ult. ad L. Rhod. de jac.* Ac generatim locator est, qui dat utendum vel faciendum

dicatur locator, qui ea utitur, et pecuniam dat, conductor. Est contra, ubi ille dicatur conductor, hic locator. In quo hæc distinctio est. Interest, utrum is, qui facit quid nostro nomine certa mercede constituta, præstet nobis in eo solum operam suam sine suo sumptu, quem in opus faciendum adhibeat, an vero id factum quod exercet, exerceat sua impensa. Si quis solam operam nobis præstat in re aliqua, dum scilicet opus exercemus nostro sumptu; is qui operam dat, dicitur locare operam suam; nos qui pecuniam damus pro opera, dicimur operam conducere: ut sit illi actio ex locato adversus nos: nobis adversus eum ex conducto. Veluti, si quis exceptor, aut pictor domi nostræ nobis operam dat', ille ut in charta nostra excipiat quod dictamus, hic ut nostro sumptu tabulam nostram pingat, præter artem et operam ad opus nihil admodum conferens. *L. sed addes*, 19. §. *ult. D. locat.* Quod si quis opus id quod fit, peragit suo sumptu, pecunia pro opere a nobis constituta: hic invertitur factorum, simul et locationis et conductionis appellatio. Nam nos quibus opera præbetur, et a quibus pecunia est, dicimur locare illi opus faciendum: ille, qui mercedem accipit, dicitur opus faciendum conducere. Ut puta, si cum fabro tignario mihi conveniat, ut domum ædificet in area mea sua impensa, certa mercede constituta pro opera, ego dicor illi locare insulam ædificandam: ille ædificandam conducere. *L. item si.* 22. *cum insulam*, *D. locat.* Item, si cum nauta conveniat, ut ego vehar, si quidem ego meo sumptu navem exerceo, et utor tantum nautæ opera ad opus faciendum in navi: ille operam locat, ego conduco: unde illi actio ex locato, mihi ex conducto. At si ipse navem suam exercet, ut solent nautæ, et ego do me illi vehendum, dicor locare me illi vehendum; ille me vehendum conducere: ut jam contra mihi sit actio adversus illum ex locato: ille adversus me ex conducto. *L.* 1. *D. de præscr. verb.* *L.* 2. in princ. *D. de leg. Rhod. d. L. sed addes*, 19. §. *si quis mulierem*, *L. si merces*, 25. §. *qui columnam*, *L. ea lege*, 51. §. *ult. D. loc.* Prioris distinctionis et appellationis ratio manifesta est. Est enim opera res, quæ a mercenario bene et suo loco locatur, dum ita collocatur, ut ex ea percipiat fructum operæ, mercedem similiter ut fit in rei corporalis locatione. Et eadem ab eo qui accipiat, recte dicitur conduci, qui eam secum ducit mercede, ut fieret si conduxisset rem corporalem. Cum autem eadem interveniant in posteriore locatione, mirum videri potest, cur in ea nihilominus immutentur factorum et personarum appellationes. Sed constat veteribus hæc quoque posterior appellatio sua et optima ratione. Nam qui opus integrum faciendum alii committit, is recte dicitur, et ex verbi significatione opus faciendum locare, qui bono loco locat, dum ei committit, a quo peragatur. Qui autem faciendum accipit, ideo dicitur conducere faciendum, quia esti nemo conducit, nisi qui pecuniam dat pro re, quam conducit, quod generaliter tenendum est: tamen et hoc ipsum in hujusmodi conductoribus accidit. Nam prius pecuniam suam erogant, et impendunt, quam mercedem operæ accipiant, dum opus sub sumptu peragere coguntur. Qua in re quodammodo pecunia sua emere videntur, ut sibi tradatur opus faciendum. Unde factum in usu veterum et juris, ut qui aliquod opus suo sumptu faciendum sumunt, dicantur redemptores: quos eosdem conductores operis faciendi esse constat ad *L. ea lege*, 51. §. *ult. L. cum in plures*, 60. §. *lege, D. locat. L. redemptores, D. de rei vind.*

VI. Sed utrumque superiorum rerum locatio est; utrumque in his factorum et per-

aliqoid: qui accipit, conductor. Litterator si ad docendum operas exhibeat ac du mercede paciscatur; locator est; disciputi conductores. Quod si in disciplinam se dantes erudiendos suscipiat, conductor est magister; discipuli locatores, ita Cujac. vid. eundem 3. *Obser.* 2. et qui consentit Vult. *in princ. I. hoc tit. n.* 6. Sed rectius noster. Et refellit Cujacium Rob. 1. *Animadv.* 8. Locator juxta hunc, georgullus, qui pro mercede faciendum vel fruendum aliquid, vel operam præstat. Conductor qui isthæc suscipit. Hinc cum eveniat ut qui illorum aliquid præstat, simul aliquid suscipiat; idem Locator et Conductor dici potest. Ex gr. Si loco domum construendam architecto, vicissim ab eo operas conduco. Et sic locator sum et conductor *L.* 22. §. 2. *h. t.* Qui operas locat *d.* §. 2. *L.* 19. §. 9. *L.* 38. *h.* idem faciendum aliquid conducit *L.* 9. §. 4. *et* 5. *L.* 25. §. *pen. L. ultim. hoc ti.* Replicat. Cujac. 1. *not. Merc.* 10. hoc non magis fieri quam negotium do, ut facias, converti in facio, ut des. Verum si ita conventio inita: do 10. ut ædifices: dans decem, locator: conductor accipiens. Contra si tu operam tuam utendam dedisti ad ædificandum, ego suscepi, tu es locator; ego conductor. Multum deinde laborat Cujacius ut se ex *d. L.* 22. §. 2. expediat, sed incassum fere. Unde duplicat Rob. 1. *Ne ar.* 10. perverse contractum locationis, solo consensu contentum, ad normam innominatorum, qui ex re tradita aut facto initium sumunt, redigi.

sonarum distinctio tum appellatio; apparet ex omnibus, cujuscumque modi locatio sit, omnem tria hæc desiderare, rem de cujus usu agatur; pecuniam eamdemque mercedem, quæ pro usu præstetur: et conventionem de his rebus ita præstandis. In quibus si quæritur, quid servandum sit, utemur in eo veterum regula, quam huc referri oportet, locationem et conductionem proximam esse emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistere. *L.* 2. *D. locat.* Id hanc significationem habet. Ut emptio sine re; ita sine re locatio et conductio nulla est. Res locationis propria est rei corporalis usus, aut præstatio operæ, quæ et ipsa quasi quidem usus est operæ. Qualia hæc essent eum in rebus tum in factis, supra diximus. Ut in emptione pro re pretium; sic in locatione pro usu rei vel operæ intervenire oportet mercedem. Quam et singulis tum rebus tum factis exegimus. Quam ob caussam sicut emptio, ita et locatio donationis caussa contrahi non potest. *L. sicut,* 20. *D. locat.* Sic autem videtur contrahi donationis caussa, cum merces ita ponitur, ut locator donationis caussa non sit exacturus. *L. cum in venditione,* 36. *D. de contr. empt.* Idem est, et si quis conduxerit nummo uno. Nam et hoc, inquit Ulpianus, donationis instar inducit: unde et hic nullam conductionem esse negat. *L. si quis,* 46. *D. loc.* In mercede itidem ut in pretio duo spectanda. Primum ut consistat (9) in pecunia numerata. Quod si pro usu rei aliud quid præstetur, locatio non erit. *§. præterea, Inst. de loc. et cond.* Nam quod dicitur in *L. si olei,* C. de locat. *si olei certa ponderatione fructus anni locasti, a contractu bona fide habito, propter hoc solum, quod alter majorem ponderationem obtulit, recedi non oportere: locasti* dictum est (10) abusive, dum imperatores referunt verba consultricis, quæ in specie facti proponenda hoc verba usa erat. Cæterum re vera locatio non fuit. *d. §. præterea, Inst. de loc.* Neque res caret exemplo, ne quis forte nos hic divinare criminetur. Nam similis plane abusio verbi commodati in specie facti proponenda ex verbis contrahentium legitur in *L. si gratuitam,* 17. *§. si cum unum, D. de præscr. verb. et in d. §. præterea,* ubi tamen postea negatur esse commodatum. Alterum in mercede spectandum, similiter ut in pretio, ut certa ab initio constituatur. Quæ si in alienum arbitrium collata erit, eadem distinctione servabitur (11) locatio, qua in

(9) Consentit Gomez. 2. *Res.* 3. *n.* 3. Muzz. *de Loc. Cap.* 2. *de divis. Loc. n.* 4. *et Col.* 5. *n.* 2. Fachin. 1. *contr.* 82. Quæ et sententia receptior, quam probant ex *L.* 5. *§.* 2. *de præs. verb.* Contra Cujac. 8. *ad Afr. in leg.* 35. *§.* 1. *hoc tit.* Coras. 2. *Misc.* 11. Pincl. *ad Rub. Cod. de resc. vend. P.* 2. *n.* 29. *et seqq.* Hopper. *Lib.* 4. *σπλαγχνῶν pag.* 160. Wes. *in Par. hoc tit. n.* 7. Vasq. 3 *Cont. usu freq.* 53. Vult. *in pr. l. hoc tit. n.* 18. *et* 1. *Jurisp.* 36. *n.* 14. Erciscundo, partes non inscite componit Greg. Lopez. *Anim. C.* 15. *n.* 3. *et seq.* sic: in locatione faciendi merces tantum in nummis. In locatione vero fruendi etiam in fructibus vel alia re. 1.° Omnes enim Leges quæ de pecunia numerata, loquuntur de locatione factorum. Contra aliæ de locatione rerum. Ratio differentiæ. Illic, si non sit merces in nummis, contractus referri potest ad negotium, do ut facias. Hic non potest nisi do ut des. At is contractus innominatus nullus est præter permutationem. Nec propter traditionem reduci potest ad genus facio ut facias, quia traditio non est factum, quod cadat in eum contractum. Nam et venditio traditionem, non dationem, exigit, et tamen venditio est species contractus do ut des. 2.° Quia locatio rerum, si merces non sit in nummis, facile potest reduci ad partiariam locationem, et immo alias partiaria locatio, non esset locatio. 3.° Nec posset alias esse locatio, in *L.* 35. *§.* 1. *in fin. D. L.* 8. *Cod. hoc tit.* 4.° Denique et quoad alia diversæ hæ species diverso jure reguntur. Sic regula, Locatio non mutat dominium, pertinet ad solam locationem fruendi. Et quando requiritur pretium in nummis, id fit ut distinguantur emptio a permutatione; locatio faciendi a do ut facias. Locatio autem faciendi, etsi in alia re merces, satis distincta est a commodato, quia non gratuita. Nec in alium transit contractum, etsi res alia detur loco mercedis. Nihil igitur est quod pecuniam numeratam requirat, ita Lopez.

(10) Hotom. *in Comm. de præscr. verb. pag.* 179. esse quasi locationem, et dici sic eo modo quo verbum *vendidi* in *L.* 6. *de præs. verb.* ex intentione scilicet contrahentium Zas. *ad L.* 5. *pr. de cond. ca. da. n.* 5. ita vocari propter affinitatem Symbolizationem, ut loquitur. add. Fachin. 1. *Contr.* 82. Sed Coras. 2. *Misc.* 11. *n.* 4. nihil inconcinnius esse vulgari expositione *locasti*; id est, *Usui concessisti* 1.° quia titulus resistit. 2.° in *d. L.* 21. pœnitentiæ non est locus. Esset autem si contractus innominatus, et Cujac. *d. Lib.* 8. *ad Afr.* quia do ut facias non est contractus bonæ fidei. Res expedita est, si distinctionem Lopezii ut *N. præced.* sequamur.

(11) Quid si res simpliciter locata justa mercede? Si locari solita certo pretio, illud conventum censetur, per *leg.* 18. *Cod. hoc tit.* Sin secus, nec de pretio consueto liquet, non erit locatio, sed præscr. verbis aget dominus, in personam, vel actione in factum ex æquitate, ita Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 4.

eadem conventione emptionem servari diximus, ut declaratur fusius *Inst. eod.* in pr. *L. si merces*, 25. in princ. *D. eod.* In locatione et conductione conventio et finis dandi accipiendique idem. Hæc enim conventio est, ut rei usus, vel operæ præstetur, similiter ut rem in emptione præstari oportet: ab altera autem parte ut detur pecunia non præstatur solum. Quod et ipsum quale esset supra in singulis generibus locationis intellectum est. Unum dissimile est, positum in rei præstatione seu traditione. Nam in emptione et venditione sic res ut plurimum traditur emptori, ut perpetuo sit apud eum: unde et perpetuo evictionem præstat. *L. ex empto*, 11. in princ. *D. de act. empt.* in locatione et conductione non aliter placuit hanc contrahi, quam si res non ad longus tempus detur. Quod si ita detur res soli fruenda, ut sit constitutus usus vel in perpetuum, vel ad longus tempus, primo quidem dubitatum, emptione esset, an locatio: tandem obtinuit neutrum esse, sed (12) proprium contractum, qui dicitur emphyteuticarius, de quo supra in jure emphyteutico dictum est. §. *adeo. Inst. de loc.* Quam speciem ad superiorem differentiam atque hunc locum referre convenit. Quod si de re et mercede ita præstandis, ut diximus, convenerit, tum perfecta locatio et conductio est. Quod fit solo consensu similiter ut in emptione. *L.* 1. et 2. *D. loc. Instit. eod. tit.* in princ.

(12) Volunt DD. locationem ad tempus non modicum transferre jus reale, possessionem et utile dominium, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 14. *n.* 79. *et seqq.* Forst. 1. *de Success.* 45. *n.* 35. *et Lib.* 2. *C.* 2. *n.* 14. *et seqq.* Mozz. *de Locat. C.* 2. *de div. locat. n.* 7. *et seq.* Unde et quatenus alienatione vetita locatio talis permissa sit, tractant Tiraq. *d. loc. n.* 81. *et seq.* P. Ant. de Petra *de fideicom. ex prohib. alien. Quæst.* 8. *n.* 81. *et multis seqq.* Pinel. *in L.* 1. *Cod. de bon. P.* 3. *n.* 63. *et seqq.* Sed non esse alienationem ostendit, post Connan. 7 *Comm.* 12. Rittersh. *Lib.* 2. *Partit. feud. C.* 3. *Quæst.* 36.

C A P. VII.

Locati et conducti obligationem mutuam esse inter locatorem et conductorem: Ex ea quæ utrique mutuæ actiones. Ac primum de locatoris obligatione. Duabus præstationibus banc contineri; ut præstet locator conductori re locata uti frui licere: et ut eum in ea re indemnem præstet. Tum quibus partibus harum præstationum unaquæque constet.

I. Locatione contracta, ut ex emptione inter emptorem et venditorem, sic ex locatione et conductione nascitur solo consensu obligatio, ex qua mutuæ sunt inter locatorem et conductorem, neque dissimiles admodum præstationes. Similes quoque actiones utrique proditæ earum præstationum obtinendarum caussa; nominibus scilicet, inditis ex persona cujusque cui hæ actiones attribuantur; conductori ad ea obtinenda, quæ ei a locatore præstanda sunt, actio ex conducto. *L. ex conducto*, 15. *D. loc.* locatori ad ea, quæ conductorem ei præstare oportet, actio ex locato. *L. qui insulam*, 30. *§. qui mulas*, *L. si locatum*, 42. *L. si vulneraveris*, *seq. D. eod.* quæ eædem dicuntur locati et conducti, *Inst. de loc. et cond.* in pr. *L. in judicio*, *C. eod. tit. d. si locatum*, *D. eod.* unde inscriptio Tituli *D. locati et conducti*. Quæ hujus obligationis pro natura et potestate judicii præstationes sint, nunc quærimus. Quæ cum nonnihil dissimiles sint in conductione rerum, et in conductione factorum, in singulis autem bis generibus aliæ a locatore, aliæ a conductore: natura harum rerum postulat, ut de generibus ipsis conductionum, et in his de personis locatoris et conductoris in hac quæstione separatim dicatur Et quoniam rerum conductio notior est, et communior, in hac autem locatoris prima caussa ad locationem implendam, ab harum rerum utraque ordiemur.

II. Cum ergo de rerum conditione agitur, quæriturque primum, quæ hic locatoris obligatio sit, quæ ab eo pro potestate hujus judicii præstationes; ita statuemus, earum præstationum duo esse genera. Unum, ut præstet locator conductori re conducta frui licere. Alterum, ut quoad ejus ex bona fide fieri potest, præstetur conductori indemnis locatio: ut sic in summa, earum præstationum pars ad rem fruendam, pars ad indemnitatem conductoris pertineat.

III. Primum, ut dixi, locatoris munus est, idem in locatione et conductione perpetuum, ut locator conductori præstet re conducta frui licere. Traditum in *L. si quis domum*, 9. in pr. *L. ex conducto*, 15. in pr.

L. si fundus, 33. in pr. *D. loc.* Hunc fructum ut obtinere liceat, tribus in rebus positum est; in rei locatæ possessione; in possessæ usu, et utentibus nobis in fructus rei perceptione. Primum est enim ad fructum consequendum, ut rem possideamus, sine quo ne re quidem uti possimus, nedum frui. Proximum, ut possessa utamur ad eum usum, ad quem res quæque parata est. Postremum, ut utentes, sic denique eum fructum, qui ex re quæritur, percipiamus. Quem quidem præstari præcipuum locationis munus et summum est. Sed tamen ejusmodi, ut apparet, ad quod nisi prioribus duabus præstationibus præcedentibus tanquam quibusdam gradibus perveniri non potest. Sunt igitur constituta tria hæc ad præstationem in obligatione locatoris, qua de re fruenda agitur; rei locatæ possessio; usus, ad quem res parata est; et fructus, quicumque ex re potest percipi.

IV. Inprimis rei possessio. Unde actio conductori ex conducto, si forte ei possessio, aut totius agri, aut partis non præstatur, *d. L. ex conducto*, in pr. *loc.* Neque interest, qua vi prohibente in possessionem rei locatæ is non veniat, aut ea possessione pellatur: utrumne locatoris opera, aut qua alia vi externa, occupato puta fundo a prædone, vel ab hostibus, aut evicto, publicatove, aut ædibus incendio vel ruina sublatis, *d. L.* 9. in pr. *d. L. si fundus*, 33. *L. et hæc distinctio*, 35. *loc.* Tantum hic de possessionis verbo moneri oportet, possessionem hoc loco accipi debere eam, quæ personæ conductoris conveniat, nempe possessionem naturalem, seu detentionem; non veram possessionem, quæ solius ejus est, qui animo domini possidet. *§. idem placet, Inst. per quas pers. nob. acquir.* Quo sensu, cum hic animus absit a colono et inquilino, et generaliter ab omni conductore, ideo recte dicuntur nec vivo, nec mortuo ullam possessionem habere. *L. non solum*, 31. §. 1. in fin. *D. de usurp. et usuc.*

V. Nihil agit possessio seu detentio rei locatæ ad fruendum, nisi accedat usus talis, ad quem res quæque parata est. Quinimmo hujus ipsius usus caussa possessio rei locatæ quæritur, dum id agitur, ut per possessionem re uti, per usum re frui liceat, nam usus fruendi pars est. *L. per servum*, §. 1. *D. de us. et hab.* Hunc ergo usum et locator conductori præstare debet. Quod cum dicimus, hoc dicimus omnia conductori esse præstanda, sine quibus ad istum modum re conducta uti non potest. Ni præstentur, locatorem eo nomine teneri. Quibus de caussis etiam sæpe licet conductori deserere conductionem. Ea qualia sint, propositis exemplis ædium, fundi, doliorum locatorum intelligi potest. De quibus ideo in hoc genere illa, quæ sequuntur, ad hunc usum pertinentia responsa apud veteres legimus.

VI. Ædes ad inhabitandum paratæ sunt, ut his uti liceat adversus injuriam tempestatum, et furum, et ad res privatas domi gerendas. His corruptis et perfluentibus, aut apertis ad eas res uti non possumus. Quare locator reficere, et integras præstare conductori debet. Ni facit, ex conducto tenetur. *L. ex conducto*, 15. in pr. *L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc.* Est tamen aliquod incommodum habitationis et refectionis, cujus partem habitatores sustinere debeant. Si sit videlicet refectio necessaria, et præcipuus usus eorum non impediatur. *L. habitatores*, 27. *L. quod si seq. D. loc.* Idem placet eadem de caussa, si ostia, fenestrasve nimium corruptas non restituat. *L. si merces*, 25. §. *si vicino*, in fin. *D. eod.* Et ad eum usum, quem dixi, lumine ædibus opus est, quantum satis sit ad usus diurni moderationem. Inde etiam placuit, si lumina ædium obscurentur, quamvis vicino eoque extero ædificante, similiter teneri locatorem, quasi usu ædium non præstito, quem oportet. Hoc in *d. L. si merces*, §. *si vicino.* Sed et ibidem scriptum est, nullam dubitationem esse, quin his de caussis liceat colono vel inquilino relinquere conductionem.

VII. In prædiis rusticis utimur prato aut saltu pascuo ad pascendum. Neque vero id licet, si ibi mala herba nascitur, qua depasta pecora moriantur, aut deteriora fiant. Ideo placet si in his ejusmodi aliqua herba erit, et quid eorum contigerit quæ dixi, eo nomine locatorem teneri. *L. sed addes*, 19. §. 1. *D. eod.* Fundo utimur ad fructum inde percipiendum. Proinde et ad colendum, et ad ea omnia facienda, sine quibus fructus nasci, aut natus percipi non potest. Quas ad res omnes opus est instrumento. Quare et fundo locato placuit, quæ instrumenti essent, ea locatorem colono præstare debere, ac nisi præstet, ex locato teneri, ut est in *d. L. sed addes*, §. *illud*, *D. locat.* ex locato, id est ex caussa locationis: non autem actione ex locato, quæ locatori competit, sed actione ex conducto, quæ sola conductori datur ad ea, quæ ei præstanda sunt, persequenda. *d. L. ex conducto*, *D. eod.* Atque hinc quæsitum, quæ soleat, et debeat locator instrumenti nomine præstare. Locus expositus in *d. L. sed addes*, §. *illud.*

VIII. Dolio et vase ad humorem capien-

dum, et servandum utimur. Quam ad rem idoneum non est, si est vitiosum. Ideo his locatis pertinet ad hunc usum, ita integra nec vitiosa tradere. Hac de caussa nisi id fit, placet locatorem eo nomine teneri. *d. L. sed addes*, §. 1. Quæ omnia ex definitione apparet ad eum usum, quem hic quærimus, referri.

IX. Usum sequitur fructus, qui ex re percipitur, quem et ipsum conductori præstari volumus. *L. exceptio, C. de loc.* Adeo autem hujus perceptio conductori præstanda est, adeoque ut id fiat, ad jus et caussam locationis pertinet: ut placeat fundo locato, si quo anno sterilitas contigerit, quanvis casu sine culpa locatoris; quocumque casu id contigerit, tamen esse hic, quod locator conductori præstare debeat; nempe saltem mercedis (1) remissionem et exonerationem *L. ex conducto*, 15 §. 1. *D. eod.* Sed his conditionibus duabus: una, si sterilitas fuerit, ut nulli perciperentur fructus supra quantitatem seminis: non etiam si exiguitas fructuum dumtaxat. *d. L. ex conducto*, §. *cum quidam de fructuum*, §. (2) *ubicumque.* Altera, si in unum tantum annum fuerit locatio, in quem sterilitas incidit; aut in plures quidem annos puta quinquennium, sed ita, ut nulla major solito ubertas aliorum annorum fuerit. Nam si quo anno alio contigit ubertas, placet etiam pro eo anno, qui sterilis fuit integram pensionem exigi posse, quanvis forte ob sterilitatem ante remissa esset a locatore: ut sic unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur. *d. L. ex conducto*, §. *Papinianus*, *L. si merces*, 25. §. *vis major*, *D. loc.* Summam hujus juris breviter et commode comprehensam legere est in *L.* (3) *licet C. eod.* Non idem placuit in partiario colono. Ut enim is conductor non est, sed socius: ita et societatis jure damnum et lucrum cum domino fundi partitur. *d. L. si merces*, §. *vis major. D eod.*

X. Ut autem fructus rei locatæ conductori præstandus est: sic fructus omnis, qui ex re percipi potest. Fructus, ut alias docuimus in usufructu, duplex est, naturalis, et civilis. Naturalis, qui ex corpore rei nascitur, ut ex agris segetes, sata: poma ex arboribus. Civilis, qui jure percipitur: quo in numero sunt mercedes et pensiones rerum locatarum, quæ aliunde quam ex re, jure tamen percipiuntur, quia actione. Distinctio tradita in *L. si navis*, 62. in pr. *D. de rei vind.* Utrumque hoc, inquam, genus, conductori tribuitur in re locata. De priore jam dixi. Non minus ad eum pertinet et posterius. Quod si est, etiam conductoris illa esse oportet, propter quæ id fructus genus percipitur. Id autem est, rem conductam (4) alii locare licere, unde mercedem locationis secundæ percipias. Quod et placuit. Hinc natum illud, neminem prohiberi rem, quam conduxit fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit, idque esse in jure conductoris: ut si dominus secundum conductorem prohibeat uti frui, primo conductori eadem sit actio, quæ illi foret, si ipse prohiberetur. *L. nemo, C. de loc. L. 7. L. 8. L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc.* Quod si conductori hoc tribuimus, quia ad eum fructus rei locatæ pertinet, et hic fructus rei est alii locare licere: etiam hoc illi tribui intelligendum est, alii rem utendam aut fruendam gratis concedere. Nam et hic rei fructus est, re alii concessa, beneficii debitorem acquirere. *L. si pignore*, 54. §. 1. *D. de furt* Et

(1) De qua exoneratione ex caussa sterilitatis vid. Pinel. *ad L. 2. Cod. de resc. ven. P. 1. Cap. 3. n. 21. et seqq.* Vasq. 3. *Contr. usu. freq.* 54. Menoch. 2. *Arb. Cap. 76. et seq.* Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 18. Goth. *in not. L.* 8. *Cod. hoc tit.* Mozz. *de Locat. Cap. de Accidentalib. n. 21. et seqq.* Cov. *pract. QQ. Cap.* 30. Greg. Lopez. *Animad. Cap.* 16. fusissime Hier. Pautschmen. *Lib.* 1. Q. 1. qui post 8. diversas sententias relatas et examinatas, tandem *n.* 32. judicis arbitrio id relinquit, et Q. 2. ac 3. tractat quomodo probanda sit sterilitas, item quatenus pensio remittatur, etc.

(2) Ubi Hot. 4. *Obs.* 21. negatione adjecta legit *non pertinere*, quam et quosdam libros habere testatur Pautschmann. *Lib.* 1. Q. *l. n.* 6. Sed non necesse est ita legere. Nam affirmantis lectionis idem sensus quem exigit Hotomannus, scilicet ipsum quidem tamen amissum non posse repeti a domino, nec id quod interest ratione impendiorum!, sed tantum ea caussa remittendam esse mercedem, ut vox *supra* referatur ad verbum *declaratur*, supra videlicet in §. 2. vers. *sed etsi labes.*

(3) Ubi Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 5. pro *ut* reponit *aut* volens duplicem ibi tradi exceptionem. 1.° Nisi contra convenerit. 2.° nisi mos sit regionis, ut etiam citra conventionem casus fortuitos recipiat conductor. Male, quis et obsistit parenthesis, cui inclusa verba, *ut mos, etc.* nec facile consuetudo istiusmodi sustentaretur, ceu irrationabilis, per *L.* 28. *C. hoc tit.*

(4) Æque tamen idoneo et ad eundem usum, arg. *L.* 13. § *ult. de Usuf. L.* 7. *de Usu et hab.* Tenetur autem secundus conductor primo actione personali, non autem domino primo locari, tametsi et res ipsius pro pensione obligatæ sint, Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 11. *et seqq.*

certe eadem hæc omnis potestas locandæ aliis aut gratis concedendæ rei usufructuario tribuitur. *L. arboribus*, 12. §. *usufructuarius*, *D. de usufruct.* Qui tamen nihil amplius habet quam hunc ipsum usumfructum, quem conductoris esse volumus.

XI. Et hæc quidem præstanda sunt conductori, ac nisi præstentur, tenetur, ut diximus locator eo nomine ex conducto. Sed hic non consistimus. Sciendum est ex his caussis locatorem non semper teneri uno modo. Tenetur autem bifariam: alias ad exonerationem solam mercedis; alias in id omne quod conductoris interest.

XII. Inter quas præstationes cum multam intersit, etiam hoc superest ad explendam hujus partis obligationem, ut utra harum præstationem locum habeat, videamus. De quo statuendum est ex casu, aut locatoris culpa. Multum enim refert, utra ex his caussis fiat, ut conductor rem possidere, re commode uti, fructum ex ea percipere prohibeatur.

XIII. Si prohibetur casu sine culpa locatoris; quemadmodum alias receptum est, ne casus fortuiti ullo judicio a debitore præstentur: *L. contractus*, *D. de reg. jur.* ita in hac re accidit, ut quicunque hujusmodi casus est, quo superiora non præstentur conductori, hunc casum locator non præstet. *L. in judicia*, *C. de loc.* Id est non ita eo nomine teneatur, ut si quid ex ea destitutione damni est conductori, id præstet. Cæterum quia non est æquum, certe non ex natura locationis et conductionis pro usu mercedem præstari, ubi hic usus conductori non præstatur: hoc illi saltem relinquitur, ut exoneretur præstatione mercedis: quæ exoneratio duorum alterum continet, aut ut remittatur ei pensio, si hanc nondum solvit: aut si prærogavit, ut ei reddatur pro rata temporis, quo fruitus non est. *L.* 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*; *L. si fundus* 33. *D. loc.*

XIV. Casum vocamus præcipue vim omnem externam, cui obsistere locator non potest, qua fit, ut aliquid eorum, quæ supra diximus, non præstetur conductori; ut si incendio consumptæ sint ædes, si fundus chasmate perierit, si idem publicatus, aut ab hoste vel prædonibus vi occupatus fuerit ejecto colono. *d. L.* 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. *L. si merces*. 25. §. *vis major*, *L. si fundus*, 33, *loc.* Sed et hic (5) casui annumerandum est, ut sit superiori tantum remissioni locus, si dominus demolitus quidem sit ædes, ut reficeret; sed coactus, ut id faceret propter insulæ vetustatem. *L. et hæc distinctio*. 35. *L. habitatores*. 27. *D. eod.*

XV. Hic tamen ex omnibus casibus duo excipiuntur. Evictio rei locatæ, et doliis locatis, damnum ex eo vitio contingens. Nam si quis domum bona fide emptam, vel fundum locaverit, eaque sint evicta quanvis (6) sine dolo malo, culpave ejus. Placet *nihilominus eum teneri ex conducto ei*, *qui conduxit*, *ut ei præstetur*, *frui quod conduxit*, *licere*, ut totidem verbis scriptum est in *L.* 9. in pr. *D. loc.* quo significatur nisi id præstetur, agi id quod interest, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L.* 1. *D de act. empt.* *L. si quis ab alio*, in pr. de fin. *D. de re jud.* Sed et hoc de supra scripta specie satis significatur in §. 1. *ejusdem L.* 9. ubi per dissimilitudinem in specie subjecta dicitur quidem teneri locator, ex conducto, ut prius: sed hoc dissimiliter, quod teneatur tantum ad hoc, ut præstet pensionem pro eo tempore, quo fruitus fuit. Sed et doliis vitiosis locatis, si quod infusum erat, propter vitium dolii amissum sit: placet locatorem eo nomine teneri in id quod conductoris interest, quanvis ignorans locaverit, nec in eo ulla colpa sit, quod vitium ignorarit, ut qui forte immissa aqua explorarit bonitatem dolii, cujus tamen vitium latens interim se non exeruerit. *L. sed addes*, 19. §. 1. *D. loc.* Quorum tamen de utroque cum justa sit dubitatio, hanc, ut licet, ut se locus dat, breviter eximamus.

XVI. Et de fundo evicto controversiam facit exemplum fundi publicati. De quo in *d. L. si fundus*, 33. *D. eod.* ita scriptum est, conductorem ejus solum temporis, quo fruitus non est, mercedem non debere, non etiam ei præstari, quanti ejus interfuit frui. Quid ergo interest, dixerit aliquis, ad culpam locatoris, utrum locatus fundus evictus sit, an sit publicatus: cum crimen locatoris, eoque et maxima culpa ejus publicationi caussam dederit? Et differentiæ ratio est. Quod qui fundum simpliciter locat, locat ut suum, ac talem esse dicere intel-

(5) Vid. Cujac. 8. *ad Afr. in L.* 35. *h. t.* Pac. 5. *Q.* 16. De denunciatione casus quando fieri debeat domino locatori, per *L.* 3. §. 7. *h. tit.* Tessaur. *Decis.* 108. Pantschman. *Lib.* 1. *Q.* 4.

(6) Vulgo tamen distinguitur, an a sciente res aliena locata sit, ubi omne quod interest præstetur, an ab ignorante, ubi sola exoneratio mercedis per *L.* 35. *pr. h. tit.* Unde A. Fab. 2. *Conject.* 5. ibidem verba, *per fraudem* ceu irreptitia expungit, notatus a Vinc. Cabot. 1. *Disp.* 26. quem vide.

ligitur. Quod quia dicit, præstare talem debet, ac nisi præstet, tenetur in id quod interest. Alioqui decipit conductorem *L.* 9. §. 1. in fin. *D. locat. arg. L. Julianus*, 13. §. *quod autem*, *D. de act. empt.* Jam vero talem fundum præstat locator is, cujus is fundus publicatus est. Ideo enim publicatur, quia ejus fuit: cum non alia publicentur, quam damnati bona. *L.* 1. *L. ult. D. de bon. damnat.* At nun item hoc præstat is cujus fundus evictus est. Ideo enim evincitur, quia fuit alienus, aut alii obligatus, quod et ipsum alienationis speciem habet. *L. ult. C. de reb. al. non al.* Hanc autem istius juris rationem fuisse veteribus, ex eo intelligere possumus, quod si quis locaverit rem alienam nominatim ut alienam pro eo tantum jure, quod in re habuit, finito jure, et ob id re conductori evicta, locatur, aut heres ejus nun teneatur, ut præstet in reliquum tempus conductori frui licere, eoque nec si id non præstet, teneatur eo nomine in id quod conductoris interest. Quod de fructuario, qui ut fructuarius fundum locaverat in quinquennium, et statim decessit, responsum est continenter in *d. L.* 9. §. 1. *D. locat.* Vitabit tamen periculum evictionis, etiam ille, qui domum ut suam locaverat, quæ postea evicta est, si suam putans, puta bona fide emptam, locavit, et paratus sit aliam habitationem non minus commodam præstare, *d. L.* 9. in princ. De dolio vitioso movet similiter quæstionem exemplum saltus pasen, in quo mala herba nascitur. Hunc si quis locaverit, præstat quidem id quod interest, si scivit. Sed si ignoravit, nun placet amplius exigi ab eo, quam ut pensionem remittat. *d. L. sed addes*, §. 1. Quæritur igitur, cum utrobique sit ignorantia, cur, si pariter culpa est in locatore, non pariter is obligetur in id quod interest: si non est, cur non pariter teneatur solum ad mercedis remissionem. Scio dici posse, ignorantiam istam non pariter in his æstimari, propterea quod qui saltum locavit, potuerit juste ignorare in eo saltu malam herbam esse, cum non sit cujusvis noxias herbas a bonis discernere. Qui autem vitiosa dolia locavit, potuerit vitium explorare et sine damno, aqua immissa. At ego de eo loquor, qui hoc ipsum explorans cognoscere primo non potuerit. Dicamus igitur hic quoque idem, quod modo in fundo evicto, quodque supra in vasis vitiosi venditione diximus, eum qui vasa vitiosa ignorans locavit, nihilominus teneri eo nomine in id quod interest, quia dolium locans hoc ipso quod dolium dixit, pro (7) integro locavit, seu si ipsa integrum dixit; quia nun est dolium, nisi vas, nec vas, nisi intrumentum ad capiendum humorem paratum. Quidquid autem in emptione aut locatione emptor locatorve dixerunt, id præstare eos uportet. *L. Julianus*, 13. §. *quod autem*, *D. de act. em. d. L.* 9. §. 1. in fi. *D. loc.*

XVII. Quod si culpa locatoris aliquid non præstabitur eorum, quæ supra diximus, dum per eum frui non licet: tum is tenetur conductori non ad remissionem tantum mercedis, sed in id omne, quod conductoris interest re conducta frui licere. *L. nos videamus. L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*, *L. si fundus*, 33. *D. locat.* In quo ut in cæteris caussis et damni quod ex ea re contigit, et lucri, quod conductor facere potuit, ratio habebitur, *d. L. si fundus*, 33. in fin. *D. loc.* Damni exempla hæc sunt. Locatum est dolium vitiosum, deinde vinum effluxit. Locatus saltus pascuus, in quo mala herba nascebatur, cum sciret locator, qua ex re pecora demortua sint, aut deteriora facta. Hæc damna locatur præstabit. *L. sed addes*, 19. §. 1. *loc.* Item qui fundum conduxerat in quinquennium, sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus. Culpa locatoris si ejicitur, hos sumptus recipiet a locatore. *L. si quis domum*, 9. § 1. in fin. *locat.* Lucri quod conductor facere potuisset, exempla hæc. Qui conduxerat insulam quinquaginta: eam Titio sexaginta locavit. Si Titius secundus conductor a domino prohibitus fuerit habitare, consequetur medius a domino quanti sua interest, in quo et ejus quantu amplius locavit, ratio habebitur. *L. si tibi*, 7. *L. nos videamus*, 8. *L. qui insulam.* 30. in pr. *loc.* Item colonus qui conduxit in quinquennium, si ei frui non licet, ita totius quinquennii nomine recte aget, ut quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequatur. *L. si in lege*, 34. §. *colonus*, *D. eod.*

XVIII. Culpa locatoris sic æstimanda est. Aut enim agitur de vitiis rei locatæ, aut de præstatione eorum, quæ a locatore ut faciat, exigi diximus. In vitiis rei locatæ culpa locatoris est, si non ignoravit, et non admonuit conductorem. Atque hinc obligatio, et adversus eum actio in id quod conductoris interest. *L. sed addes*, 19. §. 1. *L. si fundus*, 33. *D. loc.* In præstatione autem rerum, culpa locatoris esse existimatur, sive per eum fiat, quominus conductor frui possit,

(7) Ut probat aperte *L.* 6. §. 4. *de Act. empt.*

sive per alium, quem locator possit prohibere, *d. L. si in lege*, 34. §. *colonus*, *d L. si fundus*, 33. *loc.* Verumtamen hoc sic accipiendum est, nisi si quando liceat locatori rem locatam ad se revocare, et ejus usum conductori adimere. Quod justis quibusdam de caussis locatori concessum est. Quibus positis, sequitur, ut qui rem ademerit conductori, aut re immobili eum expulerit, pensionem quidem exigere non possit pro usu, quem non præstat: at non teneatur in id quod interest conductoris eo nomine. Nulla enim culpa est id facere, quod jure tuo facias. *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. in pr. *L. ad leg. Aquil.* Iustæ caussæ rem avorandi conductori hæ sunt: si conductor pensionem suo tempore non solvat: si in re conducta non recte versetur: si dominus domum conductam sibi necessariam esse doceat: si ædes ob vetustatem demoliri et reficere cogatur: *L.* 3. *C. de loc. et cond. L. si merces*, 25. §. *conductor*, *L. quæro*, 54. §. 1. *L. et hæc distinctio*, 35 *D. loc.* Quorum pars etiam postea in obligatione conductoris amplius attingenda est.

XIX. Sed hæc omnis actio ex conducto, quam conductori damus aut ad remissionem mercedis, aut in id quod ejus interest re conducta frui licere, actio in personam est, quæ adversus locatorem solum datur, et de superioribus tantum rebus: non autem de locata retinenda, aut persequenda. Quid ergo, si inquilinus malit ædes persequi aut retinere, colunus fundum conductum: an aliqua via est, qua id consequatur? Nulla neque ad persequendam rem, neque ad retinendam. Expulsus inquilinus aut colunus ab extero, rem ei auferre nulla actione potest. Non enim potest rem vindicare, qui non est dominus. *L. in rem*, *D. de rei vind.* locatio autem dominium non mutat. *L. non solet*, 39. *D loc.* Sed nec ei interdictum unde vi competit, quo restituatur in possessionem. Non enim dejectus est, qui prius non possedit. *L. ult. D. unde vi.* Solus dominus eo facto videtur dejectus. Cui etiam ob eam caussam interdictum comp tit. *L. colonus*, *L. cum fundum*, *D. unde vi* Sed nec retentionem ullam habet conductor etiam adversus locatorem, qui eum pellat ædibus aut fundo. Tantumque ei pulso actio est in id quod interest, aut ad pœnam, si qua eo nomine cauta est. *L. quæro*, 54. §. *ult. D. loc.* Id quod si in domino recte dicitur, multo magis in emptore; qui ædes aut fundum locatum, constante locatione, emit a domino, idem probandum est. Hic enim præter quam quod traditione dominus effectus est, hoc habet etiam amplius, quod cum conductore nihil contraxit. Recte igitur dictum est in *L.* (8) *emptorem*, *C. de loc. et cond.* emptorem fundi non esse necesse stare colono, cui prius locavit.

XX. Sed adjicitur ibidem exceptio, nisi (9) ea lege emit, ut si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, bonæ fidei judicio ei quod placuit, parere cogatur. Verumtamen hæc exceptio sic accipienda est, ut si emptor contra conventionem colonum expulerit, teneatur quidem eo nomine: non tamen eo usque prohibeatur jure colonum expellere, si colonus velit possessionem retinere, aut ut possit colonus habere actionem adversus emptorem,

(8) Emptor non tenetur stare colono. Unde vulgatum *Kauff geht vor miethe*, vid. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 9. Covar. 2. *Resol.* 15. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 57. *n.* 13. Cacheran. *Decis.* 82. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 47. Moller. 4. *Semestr.* 14. Forst. 1. *de Success.* 45. *n.* 30. *et seq.* rationem reddens 1.° quia obligatio personalis non sequitur singularem successorem *L.* 1. §. 16. *ad Tr.* 2.° Soluto jure dantis solvitur jus accipientis *L.* 31. *de pig.* Idem est in fructuario *L.* 59. §. 1. *de Usuf.* et legatario *L.* 120. §. *ult. de Leg.* 1. Jo. Cop. *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *Cap.* 5. *sub fin.* Heres autem jure civili ex locatione defuncti obligatur *L.* 19. §. 8. *D. L.* 10. *C. hoc tit.* Secus esse jure Saxonico per Landr. *Lib.* 3. *Art.* 77. Beust. *ad L.* 7. 8. *et* 9. *pr. de Jurei. num.* 14. Schneidvin. *in* §. *ult. I. hoc tit. n.* 2. Sed jus Saxonicum a civili non discrepare aliis communius visum est, quod et adprobavit D. Augustus Sax. Elector *Nov. sua* 37. *P.* 2. vid. Reusner. *Lib.* 1. *Decis.* 14.

(9) Exceptiones alias habet Forster. *d. C.* 45. *n.* 32. et 5. *seqq.* 1.° in locatione fundi dotalis a marito, per *L.* 7. §. 1. *L.* 25 §. *ult. sol. matr.* quæ hoc vix satis probat, et communis opinio adversatur, Covar. 2. *Resol.* 15. *n.* 5. 2.° in locatione tutoris arg. *L.* 8. *de adm. tut.* Sed hic non est vera successio Tutor enim domini loco et perinde est ac si pupillus ipse locasset. 3.° In locatione ad longum tempus, vid. *Cap præced. N.* 12. 4.° Si colono omnia bona obligaverit locator, ita et Beustr. *d. loc. n.* 14. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 57. *n.* 13. itemque si locatio facta cum hypotheca rei locatæ, Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 9. Tiraq. *de Retr. conven.* §. 3. *Gl. un. n.* 4. Covar. *d. C.* 15. *n.* 3. Aliud vero in creditore missu in possession. ex secundo decreto Catell. Cotta. *in Memoral. v. Successor singularis.* 5.° Fundo a fisco locato vendito *L. ult. de I. fisci* item in fundo Ecclesiæ. Quod tamen negat Fachin. 11. *Contr.* 21. Colonum quoque partiarium non posse ab emptore expelli donec fructus collegerit, tradit Zoan. *Ref. Quotid. C.* 42.

cum quo nihil contraxit, quantumvis contra conventionem fecerit: sed ut si ejectus colonus agere cœperit adversus priorem dominum eumdemque locatorem suum ex conducto in id quod sua interest, possit locator id quod conductori præstiterit, aut præstare debeat, consequi ab emptore actione ex vendito, quia emptor fecerit contra legem venditionis. *L. si merces*, 25. §. 1. *D. eod. L. Julianus*, 13. §. *pen. D. de act. empt.* Cæterum emptorem etiam contra superiorem conventionem, quæ cum ipso interposita non est, posse conductorem ejicere, ex eo perspicuum est, quod et locator ipse potest, qui non aliter tenetur conductori, quam in id quod ejus interest, aut ad pœnam, si qua est eo nomine promissa. *d. L. quæro*, §. 1. *D. locat.* Sed et ejus rei certissimum argumentum hoc est, quod si dominum volentem ingredi colonus vi prohibuerit, existimatur eum vi dejecisse; unde et interdictum unde vi domino competit. *d. L. colonus*, *d. L. cum fundum*, *D. unde vi.* Quod sane dici non posset, si colonus ullo jure adversus dominum sibi possessionem rei locatæ defendere potuisset. Alioqui enim adversus vim, quæ a domino inferretur, juste se tueretur colonus, nec si per vim possessionem suam retineret, vi possidere videretur, aut teneretur interdicto. Vim enim vi repellere licere omnes leges, omniaque jura permittunt. *L.* 1. §. *vim vi*, et §. *seq. D. unde vi*, *L. scientiam*, §. *qui cum aliter*, *D. ad leg. Aquil.*

XXI. Et hæc hactenus de priore parte obligationis locatoris, in qua de re fruenda agitur. Altera pars pertinebat ad indemnitatem locationis: quam et ipsam conductori præstare oportet, quod ejus ex bona fide fieri æquum est. Hæc præstatio ita est, ut sunt ea damna, quæ propter locationem incidunt.

XXII. Ea sunt partim in re locata, partim extra rem. In re locata hæc; si res locata furto ablata sit, aut fructus pendentes a fure excisi. Quodcumque in his damnum est, conductoris damnum est. Hujus enim periculo est res furto sublata, tanquam quæ amissa sit ejus culpa. §. *item si fullo*, *Inst. de obl. quæ ex dol. nas. L. cum in plures*, 60. §. *vestimenta*, *D. loc.* Et quidem hujus damnum ita, ut non habeat ullam actionem, qua rem a fure persequatur. Nam cum ejus a fure persequendæ caussa principales actiones tantum sint duæ, vindicatio, et condictio furtiva: §. *ult. Inst. de obl. quæ ex dol.* *nasc.* neutra harum nisi domino competit. *L. in rem*, *D. de rei vindic. L. actionum*, *D. de obl. et act. L.* 1. *D. de cond. furt.* Conductor autem dominus non est, cum, ut ante diximus, locatio dominium non mutet. *L. non solet*, 39. *D. loc.* Idem accidit et in fructibus fundi pendentibus, quos fur desecuit, et sustulit. Nam cum hi esse deberent conductoris locationis jure, plane ei perierint, si jus hos fructus vel vindicandi vel condicendi ex illo æstimamus. Ipse enim, quanvis inspiciente eo fructus a fure sublati sint, tamen fructuum dominus non est, sed locator, idemque dominus fundi: quia fructus non jure seminis, sed jure soli percipiuntur, ut qui fundi dominus est, idem sit et dominus fructuum *L. qui scit.* in prin. et §. 1. *D. de usur.* Jam autem dixi superiores actiones non competere nisi domino. At locator, si quidem dominus est, has actiones habet, quas et sine damno suo cedere potest conductori ut rem amissam et fructus sublatos a fure consequatur. Quare et hoc ex bona fide est, ut eas actiones ei cedat. Quod et eum facere debere placuit. *d. L. cum in plures*, 60. §. *vestimenta*, et §. *messem*, *D. loc.*

XXIII. Extra rem conductam quæ sunt damna propter locationem, aut sunt a re conducta, aut aliunde quidem, sed tamen per occasionem locationis. A (10) re conducta quæ damna sunt, si quidem contigerunt ex ea caussa, propter quam conductori re frui non licet, hæc conductori a locatore præstanda sunt ne conductor per injuriam locatoris damno afficiatur. Utputa, ex dolio vitioso vinum effluxit: fundo locato pecora sunt demortua ob malam herbam saltus pascui. Præstabuntur hæc damna secundum eam distinctionem, quam supra posui inter istas specie, ex *L. sed addes*, 19. §. 1. *D. loc.* Sin damna aliam caussam habent quam quæ usum rei impediant, ea quamvis a re locata contingentia, a locatore qui ignoravit, non præstantur; non dico ita ut non teneatur eo nomine in id, quod conductoris interest: sed ut ne teneatur quidem ad remissionem mercedis. Veluti, si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum tibi fecerit, cum nescirem esse furem; quasi extra caussam conductionis sit furti crimen, hoc in *L. si domum*, 45. §. 1. *D. loc.* Ideo autem est extra caussam locationis, quia hoc furtum, atque adeo vitium, non facit, quominus servo ad quotidianas operas

(10) De damnis vitio rei conductæ contingentibus Lopez. *Animadv.* C. 16. *n.* 8. late Pantschman. *Lib.* 1. Q. 5.

uti possis, ad quos ille habetur. Hic autem usus maxime locatione petitur. Quod si hæc damna quanvis a re locata sint, tamen non præstantur conductori, quasi ad caussam conductionis non pertinentia: perspicuum est, multo minus ea debere præstari, quæ extrinsecus, non a re conducta acciderunt, quanvis in re conducta. Hine placet, dominum horreorum effractis et compilatis horreis non teneri, nisi custodiam eorum receperit. *L. dominus*, 55. in prin. *L. cum in plures*, 60. §. *ultim. D. loc. L.* 1. *Cod. eod.* Tale est etiam, quod placet, si domum tibi locavero, et servi tibi damnum dederint, vel furtum fecerint, non teneri me tibi ex conducto, sed tanquam extraneum quemlibet dominum noxali actione. *d. L. si dominum* in princip. *D. loc.*

XXIV. Quæ damna extra rem locatam contingentia, non ex re locata, sed per occasionem locationis conductori eveniunt, tria sunt, quæ et ipsa conductori amoveri oportet; mercedis non debitæ prærogatio; rerum locatarum finita locatione detentio: impensæ utiles in rem locatam factæ. Mercedem prærogatam, si quidem conductori re conducta frui non licuit, semper locator ei restituere debet pro eo tempore; quo fruitus non est, in omnibus iis partibus, quas esse diximus fruendi. *L. sed addes*, 19. §. *si quis, cum L. si fundus*, 33. *D. loc.* At quo jure? conducti, quia conductor propter locationem contractam id damnum passus est, qui ideo prærogavit, quod speraret perseveraturam conductionem.

XXV. Rerum in ædes aut fundum illatarum detentio pugnat cum ea istarum rerum elatione, quam finita locatione liberam et indemnem esse oportet, ut utraque pars soluta obligatione integram rem suam recipiat. Ideo et hæc elatio recte ex conducto exigitur a locatore, ut quòd per occasionem locationis damnum hic inducitur, id locator efferri sinendo emendet. Ut puta; arcam, aut abacum, aliamve suppellectilem paulo laxiorem induxit conductor in ædes locatas. Dominus deinde aditum ædium coangustavit ita, ut jam per eum non it exitus rebus illatis. Placet eum aperire debere aditum, ut sit spatii satis ad res illatas tollendas, idque suo sumptu, sive scierit inferri, sive ignoraverit. *L. sed addes*, 19. §. *si inquilinus*, *D. loc.* Neque id tantum ad res ædificio non cohærentes pertinet, sed etiam ad eas, quas conductor adjecit ædibus. Ut, si ostium, fenestras, vel alia quædam ad commoditatem cœnaculi adjecerit: placet ei competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat: dummodo hoc casu damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem caussam ædium faciat, sed pristinam faciem ædibus reddat: ne scilicet hæc elatio noceat locatori. *d. L. sed addes*. §. *si inquilinus ostium*.

XXVI. Ad extremum etiam impensæ in rem locatam a conductore factæ, damnum ejusmodi est, quod per caussam locationis eveniat. Si quidem eas impensas facere cogitur conductor pro ea diligentia et cura, quam bona fides in re curanda ei imponit, de quo paulo post in conductoris persona dicetur. Pertinet igitur, ad eamdem indemnitatem, quam hic quærimus, ut si conductor in re conducta aliquid necessario vel utiliter auxerit, ædificaverit, si quid etiam instituerit, veluti in fundo vineas, cum de eo nihil convenisset, ultro actionem habeat ex conducto ad ea recipienda, quæ impendit: quando id totum ad utilitatem locatoris refertur. *L.* (11) *dominus*, 55. 1. *L. pen.* in pr. *D. locat.* Actio hic non negotiorum gestorum; sed ex conducto; quia etsi hic negotium locatoris gestum est: non tamen gestum est voluntate libera conductoris, sed officio illo locationis cogente, quod modo commemoravi. Non est autem negotiorum gestorum actio in eo, quod quis gerere necesse habuit *L.* 6. §. *cæterum*, *D. com. divid.* Atque hæc de locatore, qui rem fruendam locavit.

(11) Vid. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 20. Valasc. *Jur. emphyt. Q.* 26. et omnino Menoch. *de Arb. Cas.* 215.

C A P. VIII.

De conductore, qui rem conduxit, quid is locatori ejus rei vicissim præstare debeat judicii potestate.

Tria a conductore præstanda locatori. I.
1 *Custodia rei diligentissima; et quare: et in quibus illa rebus consistat.* II.
2. *Merces conductæ rei, nisi deseruit conductam rem justa de caussa.* III.
3. *Restitutio rei, et ejus accessionum finita locatione, modo res exstet.* IV.
Si res perierit, aut facta deterior, interest, utrum casu vel culpa, et quæ utriusque caussæ vis et effectus. V.
Qui non restituit, cum debet, et potest, damnatur quantum juratum in litem. Secus quando culpa tantum res periit. VI.
Quid restituere debeat conductor rei æstimatæ. VII.
Quid pignoris creditor. VIII.

I. Quæ in hoc genere locationis conductor contra locatori præstare debeat jure et potestate locationis sine alia conventione, tria hæc sunt; Curam adhiberi rei locatæ servandæ, recteque habendæ; Mercedes et pensiones suis quasque temporibus recte solvere; Rem locatam, et quod inde exstabit, finita locatione locatori restituere. Principio quandiu constat locatio, curare rem locatam conductor debet, ut bonum virum et bonum patremfamilias decet. Hoc bona fides, et contractus natura exigit.

II. Hæc cura duabus in rebus versatur, quas antea quoque in venditore indicavimus; in re servanda, tum in ea recte habenda. Pertinet quidem scio, hic locus maxime ad illum communem, in quo quæritur de dolo, culpa, casu fortuito in omni contractu præstandis: de quo constitui in liberationibus dicere. Incurrit enim in eam partem, in qua traditur interitu, aut deterioratione rei debitæ debitorem liberari. Siquidem casu, semper: si dolo, nunquam: si culpa, varie de eo statui pro genere tum contractus, tum culpæ. Sed tamen ne quid hic conductor præstare debeat, maxime autem ne qualia sint ea, quæ a veteribus diligenter de hac parte in hoc genere contratractus tradita sunt, penitus ignoretur, paucis agam, et quid superiores species contineant, indicabo. Ergo servandæ rei cura custodia est, quam in hoc genere ab eo qui mercedem accipit, deberi constat. *L. in judicio, C. de loc. et cond.* Res posita in eo, non solum ut ne facto suo rei locatæ noceat: sed etiam ut omni diligentia adhibita provideat, ne aliunde res aut pereat, aut deterior fiat. Factum quidem suum omne præstat conductor in re locata citra controversiam, ut factum suum aut damnum a se datum non dico iis actionibus, quæ futuræ essent, etsi locata res non esset, sed actione ex locato, quia hæc admittendo contra fidem huic contractui debitam faciat. *L. si locatum, 42. L. si vulneraverit, seq. L. si merces, 25. §. culpæ, D. loc.* Sed non minus et diligentiam hic contractus a conductore exigit, et quidem (1) diligentissimi hominis diligentiam, non qualem ipse, si sit alioqui negligentior, rebus suis adhibere consuevit. Idque pro perpetuo jure, quod servatur in iis contractibus in quibus utriusque ex contrahentibus utilitas versatur, *§. pen. Inst. de loca. et cond. d. L. si merces, §. pen. eod. L. contractus, D. de reg. jur.* Quæ res facit, ut quidquid humana diligentia provideri potuit, ne res perderetur, aut deterior fieret, si provisum non est, et res periit, aut deterior facta est, hujus (2) culpæ et negligentiæ periculum conductor præstet. *L. qui mercedem, 40. D. loc.* Exemplo est res furto ablata: quam placet con-

(1) Non tamen exactissimam, sed exactam ac mediam diligentiam requiri, levemque culpam præstari vult. P. Fab *ad L. 23. de R. I. pag.* 135. *et seqq.* et in *d. l.* 25. §. pen. *diligentissimus* accipit pro diligenti. M. Anton. Delrio *ad d. L.* 23. *C.* 11. *p.* 1.,8. *et pr.* 203. *et seq.* ubi specialem casum esse, in *d. §. pen.* tradit ejusque rationem exponit, et Vult. 1. *Disc.* 15.

(2) An incendium a conductore præstetur vid. Gail. 2. *Obs.* 21. Menoch. *Arb. Cas.* 390. *n.* 10. *et seq.* Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Disp. civil. p.* 141. *et seqq.* Fach. 1. *Contr.* 87. Joan. Lubler. *Tr. de Incend. Cap.* 2. *n.* 62. *et seqq.* Andr. Rauchb. *P.* 2. *Quæst.* 10. *et Cap.* 4. *n.* 53. *et seqq. et Cap.* 4. *n.* 18. *usque ad n.* 53. Alex. Raudens. *Decisionum* 6.

ductori amitti, etsi fures sæpe non incautos fallant. Quippe furtum diligenti custodia adhibita vitari potest. *L. cum in plures*, 60. *§. vestimenta*, *D. loc.* *§. item si fullo*, *Instit. de oblig. quæ ex del.* *L. cum duobus*, *§. damna*. *D. pro soc.*

III. Mercedem præterea conductor debet; etiam si timoris caussa habitationem puta aut fundi culturam deseruit, si caussa timoris justa non fuit: et omnino si sine (3) justa et probabili caussa deseruit rem conductam, nihilominus mercedem debebit. *L. habitatores*, 27. *§. ult. L. dominus*, 55. *§. ult. D. loc.* Neque hanc solum, sed et in id quod locatoris interest poterit conveniri, *d. L. dominus*, 55. *§. ult.* *L. item*, 13. *§. exercitu*, *D. loc.* De mercedibus autem ita tenetur, ut ante tempus deserta habitatione aut fundo, nihilominus statim eo nomine cum eo agi possit. *L. si in leges*, 24. *§. si domus*, *D. loc.* et si forte in plures annos divisis pensionibus domus vel fundus locatus sit, ad solvendas totius temporis pensiones recte cum eo agatur, *d. L. dominus*, *§. ult. eod.*

IV. Reliquum est in obligatione conductoris, ut finita locatione rem conductam (4) restituat locatori, *§. pen. Inst. de loc. et cond.* *L. si cui*, 48. *§. 1. D. loc.* Dicemus et quod inde exstabit, restituendum, ut fit in usufructu, cum is finitus est. *L. 1. D. usuf. quem. cav.* Neque id solum, sed et quæ rei locatæ accesserunt, quæ pars sunt locationis, ut sunt in ædibus scamna, aut suppellex, si qua permissa est conductori, in fundo instrumentum. Et certe hæc obligatio ex modo temporis locationi præfiniti satis intelligitur. Nam quæ res ad certum tempus fruenda locatur, apparet eam post id tempus non locari, itaque id agi, ut restituatur. Et quidem si res exstat, et exstat talis, qualis data est, nihil dubii est, quin omni modo restitui debeat.

V. At quid si perierit? quid si exstans deterior facta sit? Jam dixi, si casu factum sit, conductorem non teneri; si culpa, quæcumque hæc culpa erit, sive in faciendo, sive in negligendo, nihilominus (5) teneri traditum in *§. exercitu*, et *§. seq.* *L. qui insulam*, 30. *§. 1.* *§. qui mulas*, *D. eod.* *L. contractus*, *D. de reg. jur.* Idque est in hac re, quod a veteribus dictum est, culpam perpetuare obligationem. Ubi scilicet qui ante culpam obligatus erat ad rem integram restituendam, post admissam culpam quicumque casus ingruerit; tamen tenetur perpetuo, quam si res exstaret. *L. si servum*, 91. *§. sequitur*, *L. si ex legati*, 23. *L. nemo*, 82. *§. 1. D. de verb. obl.*

VI. Quid si conductor rem non restituit, quibus in caussis eum teneri ad restituendum diximus? Et scriptum est in *L. si cui*, 48. *§. 1. D. loc.* eum qui servum conductum, vel aliam rem non restituit, quantum in litem juratum fuerit, damnari. Sed hoc de eo dictum intelligendum est, qui non restituit cum posset, aut pro eo haberetur, ac si posset: id est qui aut rem tenet, et habet rei restituendæ facultatem, aut dolo desiit possidere. Huic enim jurijurando solum locus est, cum dolus aut contumacia non restituentis punitur. *L. 2. §. 1. L. in actionibus*, *D. de in lit. jur.* Dolus in eo est, qui dolo fecit, quominus rem haberet: contumacia in eo, qui rem cum haberet, restituere jussus judici non paret. Quarum utraque de caussa admittitur superius jusjurandum. *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Quod si culpa tantum conductoris res aut periit, aut deperdita est, aut deterior facta, non alia erit æstimatio, quam ut quanti res est, seu quanti interest agentis, æstimetur, *d. L. 2. §. 1. de in lit. jur. d. L. qui restituere*, *D. de rei vind.*

VII. Neque hæc aliter de rei locatæ restitutione et restituendæ æstimatione servantur, quandiu res vere locata est. Quod fit, cum in locatione res æstimatæ non dantur. Quod ii cum fundus locatur, æstimatum instrumentum colonus accipiat, placet id agi videri, ut instrumentum emptum habeat colonus; sicut fieret, cum quid æstimatum in dotem datur. *L. 3. D. eod.* Quæ res facit, ut instrumenti dominus effectus, non instrumentum sed pretium debeat, et instrumentum illi ut domino pereat. *L.*

(3) Aliud igitur si ex justa caussa belli, pestis, similive. Pantschman. *Lib.* 1. *Quæst.* 13. *n.* 23. Mozz. *de Locat. Cap. de Accidentalib.* *n.* 5. *et* 6. Covar. *Pract. QQ. Cap* 30. *n.* 3. Unde et si quis ædes conduxerit animo recipiendi advenas vel studiosos in academiis, exorto deinde bello, vel contagione aeris, remitti mercedem debere, Menoch. *Arb. Cas.* 440. modo eo animo ac proposito domum conductam appareat, quod judex ex re definiet. Quid si ædes nocturnis phantasmatis et illusionibus infestentur, vid. Covar. 4. *Resol.* 6.

(4) Ut propria auctoritate expelli possit, vid. Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 2. *n.* 204. *et seq.* Quando autem finito tempore tacita videatur reconductio facta, vid. *L.* 13. *§. ultim. h. t.* Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 15. *et seq.* Menoch. 3. *præsumpt.* 85. Pantschman. *Lib.* 1. *Q.* 18. *n.* 57.

(5) Cui vero probandum casu rem, culpave perditam, Gomez. *d. C.* 3. *n.* 22.

quoties, C. de jur. dot. L. unica, §. cumque, in fin. *C. de rei ux. act.*

VIII. Cæteris in rebus non æstimatis datis ita rem locatam restituere debet conductor, ut nihil debeat amplius, ac ne ea quidem, quæ per occasionem rei locatæ aliunde consecutus est. Utputa, qui rem conduxit, non cogitur restituere id, quod rei nomine furti actione consecutus est. *L.* 6. *D. loc.* Nam et furtum ejus periculo est, et id agitur, ut conductor re fruatur. Quod nihil aliud est, quam id agi, ut conductor omni commodo et lucro quod ex re sit, potiatur. Quod aliter servatur in pignore, si eo surrepto, creditor a fure pœnam furti sit consecutus. Nam et hanc restituere debet creditor pigneraticia actione, quia non id agitur, ut pignoris fructus ad creditorem pertineat. *L. si pignore, D. de pignor. act.* Notandum in hac tota obligatione conductoris si inquilinus est, duas obligationes ab eo suscipi. Nam et tenetur ipse, quo nomine actio est adversum eum in personam ex locato, et obligantur pignori res ejus. Quæ et quatenus cognoscendum in pignoribus. Huc tamen pertinent ex titulis locati, *L. si in lege,* 24. §. 1. *L. qui fidejussor,* 53. *D. loc.* et *L. certi,* 5. *C. eod.*

CAP. IX.

In locatione operarum, factorumve, quæ obligatio locatoris et conductoris: quæ mutuæ inter eos præstationes, et actiones. Opus aversione locatum quid sit: Quæ actio operis aversi.

Locator operarum nisi eas præstet, in id quod interest, tenetur locatori. I.
Conductor item num mercedem, quam non præstitit, debeat nihilominus: interest, an casu id factum sit, an per eum steterit, quominus præstaretur. II.
Si casu, merces non debetur. III.
Sed tamen a conductore locatæ rei præstatur, si qua ejus culpa casus accidit. Quæ id genus culpæ. Singularum exemplo. IV.
Curam locatæ rei et ad rem ipsam, et ad jura rei pertinere; et in illa culpam præstari, non casum a conductore. V.
Cura recte habendæ rei quid in colono postulet, aut inquilino; et quæ pœna utriusque si eam neglexerint. VI.
Obligatio conductoris locatæ rei præcipua præstatio mercedis; et quæ illius pœna nisi ista præstetur. VII.
Merces integre solvenda locatione finita, aut temporibus locationis lege præstitutis, nec prærogatur illa nisi convenerit, et quid inde. VIII.
Ut mercedem non debeat qui locatæ rei fructum non cepit, interest an casu, an culpa minime ceperit; et quæ utriusque vis et effectus. IX.
Leges locationis rerum atque operarum eædem fere; sed tamen in operarum locatione factorum et personarum appellatio diversa, et quatenus. X.
Quid notatu dignum in mercede pro vectura a muliere solvenda, quæ in navi partum ediderit. XI.
Faciendi operis conductor et rem restituere, et culpam omnem præstare tenetur: et quæ in hanc rem prodita actio. XII.
Pro conditione tamen operis faciundi alia interdum atque alia conductoris obligatio. Duæ ejusmodi species; et quæ. XIII, *et seq*
De opere per aversionem locato. XIV.

I. Et hæc quidem dicta sunt de locatione et conductione rerum quæ aliis fruendæ dantur, ut ædium, fundi, jumenti, vestimenti. Sed et hæc eadem sunt in operarum locatione, ut si quis scriptor locet aliqui ad scribendum operas, si operarii ad opus ruri faciendum, fabri ad insulam ædificandam. Qui operas suas locavit, eas præstare debet, tanquam rem et corpus fruendum daret, quod locasset. Si non præstet, non tantum merces illi non debetur pro rata ejus temporis, quo non edidit operas: sed etiam tenetur locatori in id (1) quod ejus interest operam illi suo tempore recte præstitam fuisse.

(1) Non autem præcise, quia hæc faciendi est obligatio. Multa itaque peccat P. Busius *ad L.* 3. *de sta. hom.* operas perpetuas per omnem vitam locari posse scribens, ita tamen ut si gravior impedimenti ratio, præstatione ejus quod interest famulus liberetur. Sed tunc id ad minimam summam redigi, arg. *L. ult. de præc. stip.* quia hæc res, seu odiosa, restringenda. Vitia hic tria. 1.° In sententia quæ falsa arg. *L.* 5. §. 5. *et seq. Quar. Rer. act. non dat.* 2.° Quod tunc demum præcisa præstandi necessitate liberat operarium, si grave impedimentum, cum tamen generatim omnem facti obligationem

Quæ omnium faciendi obligationum lex est communis, eum factum non est, quod fieri debuit. *L. si quis ab alio*, in pr. et fin. *D. de re jud.* Idque in locatione certius intelligitur exemplo venditionis: in qua si res vendita, ea scilicet, quæ ex eo contractu præstari debuit, non præstetur, id est tradatur, in id quod interest agitur. *L.* 1. in pr. *D. de act. emt.* Sit ergo jus idem et in locatione operæ, si quæ præstari debuit, ex conventione, non præstetur: siquidem locatio et conductio iisdem regulis consistit quibus emptio et venditio, *L.* 2. *D. loc.*

II. Vicissim qui operas conduxit, mercedem debet pro opera. Et quidem semper sine hæsitatione, si opera præstita sit secundum legem conductionis. Quod si præstita non erit, et quæretur, otrum nihilominus merces debeatur. nec ne: hic eadem distinctione utemur, qua in rebus locatis: ut intersit, casune factum sit, quominus locator præberet operam, an vero per conductorem steterit, quominus ipse opera uteretur.

III. Si casus obsistit, quanvis nulla sit culpa in locatore, merces ei non debebitur. Multoque minus si per eum stetit, quominus operam præstaret. Quod rescriptum est in eo nauta, cui cum vebendum aliquid dedissemos, navem casu amisit. Quem ideo placuit mercedem etiam prærogatam reddere debere, quia munere vehendi functus non esset. *§. damna*, *D. pro soc.*

IV. Hac de caussa etiam casum fortuitum, seu vim eam, cui obsisti non potest, præstat conductor in periculo rei locatæ, si qua culpa ejus huic casui caussam dederit. Cujusmodi culpæ sunt, imperitia conductoris; hujus (2) inimicitiæ; factum ab eo contra conventionem; tempestiva denuntiatio interdum ab eo aut defensio prætermissa; inductio hospitum aut custodum non idoneorum. Imperitia, veluti si quid operis vitio deperierit, sed quod contigerit imperitia facientis, nam et imperitia culpæ annumeratur. *L. si quis domum*, 9. *§. Celsus*, *D. loc.* Quod quamobrem dicatur, ratio reddita est in *L. item*, 8. *D. ad leg. Aquil.* Inimicitiæ; si propter inimicitias conductoris alius arbores locati fundi exciderit: ubi hoc ipsum culpa est, quod conductor exercet inimicitias. *L. si merces*, 25. *§. culpæ*, *D. loc.* Factum contra conventionem; veluti, si in locatione convenerit, ne conductor aliquo in loco ignem haberet, et habuit, ac deinde per hujus occasionem fortuitus casus admisit incendium. Aut si convenit, ne in villa urbana fœnum componeretur, et composuit, deinde aliquis igne illato succendit. *L. videamus*, 11. et *§. ult. D. locat.* aut si cum mulæ ad certum pondus oneris locatæ essent, eas conductor majori onere ruperit, vel alius, quem conductor prohibere poterit. *L. qui insulam*, 30. *§. qui mulas D. loc.* Denuntiatio omissa; veluti si exercitu veniente, migravit conductor, et cum in tempore denuntiare posset domino, ut ei periculo si videretur, prospiceret, non denuntiavit, et migravit tamen: deinde re vacua relicta infensi milites de hospitio fenestras et cætera sustulerunt. Idem est, si resistere conductor potuit et non restitit. *L. item quæritur*, 13. *§. exercitu*, *D. locat.* Inductio hospitum aut custodum non idoneorum; veluti si induxit in domum, aut fundum locatum vel suos vel hospites, in quibus inducendis culpam admisit, cum dubios eorum mores nosse posset, et hi quid sustulerunt, aut damni dederunt. *L. videamus*, 11. in pr. *D. loc.* Nam alioqui damnum ab alio datum a nemine præstatur. *L. sed de damno*, 41. *D. eod.* In eadem caussa est, dum parum idoneum custodem adhibuit, et dum is custodit negligentius, damnum ab alio datum est. *d. L. sed de damno*, in fin.

V. Pertinet autem hæc cura atque obligatio conductoris non ad rem locatam tantum, sed et ad jura rei locatæ. *Prospicere*, inquit Ulpianus, *debet conductor, ne in aliquo vel jus rei, vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur.* L. videamus, 11. §. *item. D. loc.* Finge servitutem fundo deberi: conductorem monitum non uti, atque ita non utendo servitutem interire. Etiam hoc damnum præstabit. Sed curam, inquam, tantum rei servandæ præstare debet conductor, quam si adhibuit, et casu fortuito aliquid in re contigit, eo nomine non tenetur. Et generaliter si quibus in contractibus utriusque utilitas versatur, in his culpa omnis præstanda est: casus fortuiti neque in his, neque alio ullo judicio præstantur. Distinctio generalis tradita in *L. si ut certo*, *§. nunc videndum*, *D. commod. L. contractus*, *D. de reg. jur.* translata ad conductionem, et usurpata multis locis, ut *L. in judicio*, *C. de loc. et cond. L. item*, 13. *§. exercitu*, *§. si quis mensu-*

præstatio ejus quod interest dissolvat. 3.° Quod male applicat *d. L. ult.* quæ dicit ad exiguam summam deduci fere quod interest, propter inopinatam probationem.

(2) Quia etsi forte non caussam dederit inimicitiis, hæc tamen culpa illius, quod non dat operam ut componantur, Donell. noster *ad L.* 6. *C. de pig. act. n.* 40.

ras, *L. si merces*, 25. §. *culpæ*, *L. qui insulam*, 30. §. 1. §. *qui mulas*, *D. eod.* §. *pen. Instit. eod.* Hæc ita, nisi quid aliud de culpa aut casu convenerit. *L. contractus*, *D. de reg. jur.* *L. item*, 13. §. *si gemma*, *D. locat.*

VI. Non solum curam servandæ rei impendere conductor debet ex fide bona: sed et rei recte habendæ; idest curare ut in re locata recte versetur. *L.* 3. *C. eod.* Quod sic interpretandum est, prout rei cujusque natura, et commoditas exigit. Ad hanc curam hæc pertinent. In colono quidem, non solum ut faciat omnia secundum legem conductionis, sed ut et sine conventione opera rustica rei colendæ necessaria faciat, et ea suo quæque tempore, non alieno; tum villarum curam agat, quo eas incorruptas habeat. *L. si merces*, 25. §. *conductor*, *D. loc.* §. *conductor*, *Inst. eod.* In inquilino autem, ut ædibus honestis honeste utatur, ut ad certos usus paratas non ad alios transferat. Contra quæ facit exempligratia, qui in ædes locatas inducit meretrices, cum quibus turpiter vivat; qui in his exercet lusus turpes, ut aleatorios, qui ex honesta domo cauponam facit. Hoc enim est in ædibus male versari, quod in *d. L.* 3. *C. eod.* fieri prohibetur. Adversus quæ hæc pœna est, non solum ut teneatur conductor eo nomine in id quod locatoris interest, sed etiam ut possit (3) expelli fundo et ædibus impune. *L quæro*, 54. §. 1. *D. loc.* *d. L.* 3. *C. eod.* In re locata non progreditur periculum et onus conductoris ultra eam curam, quam diximus. Et ideo si quis vehiculum conduxit, onus portorii, quod pro sola reda exigitur, ad redarium pertinet, si non ignoravit futurum, ut per eum locum transiretur, ubi debebatur portorium. *L. cum in plures*, 60. §. *pen. D. loc.*

VII. Extra rem locatam hæc præcipua conductoris obligatio est, pro usu rei solvat (4) mercedes et pensiones, de quibus in locatione convenit. Pars ita propria hujus obligationis, ut quanvis convenerit inter locatorem et conductorem, ne intra tempora locationis conductor de fundo invitus repelleretur: tamen hoc ita convenisse, et servandum esse intelligatur, si is pensionibus paruerit; ni fecerit, possit et sine metu superioris conventionis expelli, quæ non solutæ pensionis etiam pœna est. *d. L. quæro*, 54. §. 1, *D. loc.* *L.* 3. *C. eod.*

VIII. Debentur autem mercedes non statim ab initio locationis, sed tunc cum (5) fruitus fuerit conductor per tempus constitutum, aut suis quæque temporibus, quæ his particulatim solvendis præfinita sunt lege locationis. Prærogari autem merces non debet, nisi aliud convenerit. Sed et cum convenit, si id actum est, ut ea pecunia in refectionem rei locatæ impenderetur: placet non aliter eam deberi, quam si is, qui accipit, satis det in eam refectionem pecuniam impensum iri. *L. insulam*, 58. §. *ult. D. loc.* Et siquidem re fruitus est conductor, semper mercedem debet in omne tempus locationis, usque adeo, ut etiam ejus domus, quæ vitium fecisset, et quam deserere licebat, placet eum mercedem debere, si domus habitatione æque usus fuisset. *L. quod si domi*, 28. in pr. *D. loc.*

IX. Quod si fruitus non est, intererit, casu prohibitus sit, quominus uteretur, an sua voluntate, quia a re discesserit. Si casu, mercedem non debet, quocumque casu prohibitus fuerit. Non tamen ut in omne tem-

(3) De justis expellendi caussis, vid. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 6. Valasc. *Jur. Emph.* *Q.* 21. *et seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 78. *et seqq.*

(4) Nisi remittenda sit, vid. *Cap. præced.* *N.* 1. Non autem augetur merces etsi tanti cœli benignitas ut plus altero tanto fructuum, quam solebat, colonus perceperit, ut contra Accursium, Fulgosium per *L.* 25. §. 6. *h. t.* ibi: cui immodicum lucrum non aufertur, Cujac. 26. *Obs.* 33.

(5) Mozz. *de Locat. Col.* 3. *de substantialib. num.* 23. Renat. Coppin. *Lib.* 2. *de Privil. rust.* *P.* 1. *Cap.* 8. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 13. Spectandum hic primo quid convenerit. Si nihil convenit, quid mos regionis postulet. Si nec de eo appareat, in fine anni solvenda merces, quia nec ante contractum locator ex sua parte implevit, arg. *L.* 13. §. 8. *de Act. empt.* Cujac. 8. *ad Afr.* in *L.* 9. *Qui pot. in pig.* et Vult. *in pr. I. h. t. n.* 27. olim mercedibus solvendis solemnes fuisse Cal. Julias, per *d. L.* 9. item Martias, per *L.* 58. *de usufr.* Tinæ. Fab. 1. *Ann.* 12. distinguit inter locationes ædium et fundorum. In illis finito tempore, per *L.* 10. §. 6. *in fin. h. t.* ubi quæ medio tempore præstita dicitur prærogata, id est, ante diem. Quia in iis non nisi lapsu anni fructus, in habitatione et usu consistens, perceptus dici potest; nec ante locatori actio quam conductori præstiterit usum, arg. *d. L.* 13. §. 8 In his quo tempore fructus percipitur ex pascuis, vineis, arvisque etiam priusquam dies locationis exeat. Confirmat hanc distinctionem, 1.° arg. *ex l.* 7. §. 9. *et ex* §. 2. *d. L.* 7. *Sol. matr.* 2. *per L.* 58. *pr. de usufr.* 3. et maxime quia in rusticis prædiis fructus pignori sunt pro pensione. Cujus pignoris ut aliqua intelligatur utilitas, necessitatem præstandæ mercedis referri oportet ad tempus, quo extant fructus, cum si consumpti vel distracti sint, nulla eorum aut difficilis sit persecutio.

pus locationis mercedis præstatione liberetur, sed ut eam non debeat solum pro rata ejus temporis, quo fruitus non fuit: pro antecedente autem tempore debeat. *L. si quis domum*, 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*. *L. qui insulam*, 30. §. 1. *L. si fundus*, 33. *D. loc.* Sin conductor deseruit ultro habitationem; si quidem timoris caussa emigravit, et caussa fuit, cur timeret, ut quia constanti rumore exercitus hostium adventare diceretur; sive periculum vere fuit, sive non fuit, non debebit mercedem. Non esset hoc in *L. ex conducto*. 15. §. *item cum quidam*, *D. loc.* quod valet, quia operam vecturæ, quam hic præstare debuerat, non præstitisset. Quod si per conductorem, operæ, eumve cui ex locatione opera præstari debuit, factum erit, quominus ei operæ præstarentur, ut sic vere dici possit per locatorem non stetisse, neque per casum in re ejus contingentem, quominus ipse operas præberet: placet (6) locatorem totius temporis mercedem accipere debere. *L. qui operas*, *L. sed addes*, §. *ult. D. loc.*

X. Idem prope per omnia servandum, cum aliquid faciendum locavimus; ut cum naturæ; vel aurigæ aliquid vehendum dedimus certa mercede constituta, magistro puerum instituendum, aurifici vas et anulum faciendum, fulloni vestimenta polienda, sartori vestimenta sarcienda. In quibus etsi opere inspecto, qui dat dicitur locare, qui faciendum accipit, dicitur conducere: *L. item*, 12. §. 1. et deinceps §§. 6. et seqq. *D. loc.* in opera tamen præstanda agnoscere necesse est harum rerum appellationem immutari, ubi qui opus faciendum accipit, dat operam pro mercede: et qui faciendum dat, accipit operam, pro qua et mercedem præstat. Ergo hi nobis operas debent. Quas proinde nisi præstant eadem obligatio futura est, quam supra diximus, in id scilicet quod nostra interest. Non illis debemus (7) mercedem pro opera; plane iisdem conditionibus: quibus in locatione operæ deberi diximus.

XI. Quo loco notandum est de iis, qui se vehendos navi locant; quoniam hic merces vecturæ in singula capita diritur, quotquot personas quis induxerit in navem earum nomine mercedem deberi. Exceptam hic esse mulierem, quam quis vehendam navi conduxisset, cui deinde in navi infans natus fuisset. Hic enim placere pro infante nihil deberi; quia neque vectura ejus magna sit, neque his omnibus utatur, quæ ad navigantium usum parantur. *L. sed addes*, 19. §. *si qui mulierem*; *D. locat.*

XII. De rebus acceptis, in quibus conductores isti operam impendere debuerunt, sequitur, ut teneantur eodem modo, ac si eas conduxissent. Ideo et de his rebus, quas eo nomine acceperunt, restituendis similiter tenentur, sive habent, sive ea culpa aliqua sua amiserunt. §. *it in fullo*, *Inst. de obl. quæ ex del.* *L. cum in plures*, 60. §. *vestimenta*, *D. loc.* Sed et si ea res læserint, si quid in damni dederint, si quid subtraxerint, ejus omnis damni et furti nomine tenentur ex locato, ut teneretur qui conduxisset, a quo hæc eadem exstitissent. Exempla in hanc rem rem complura legere est in *d. L. item*, 13. §. 1. et 6. §§. *seqq. D. locat.* Quo in genere si quid oneris vehendum datum sit vel nautæ vel aurigæ, et is inde quid averterit, id est subduxerit furto, prodita est actio eo nomine, quæ ex re dicta est veteribus Oneris aversi, de quo verbo paulo post. *L. in nave*, 31. *D. eod.*

XIII. Interdum tamen in hoc genere locationis conditio rerum quæ dantur, ut in his conductoris opera exerceatur, aliam obligationem conductoris et præstationem inducit. In quo duæ sunt species animadvertendæ, in quibus de periculo rei acceptæ, et de culpa conductoris exceptiones quædam sunt ab eo jure quod de his supra posuimus. Rerum locatarum (intellige in hoc genere, cum quid in his aut ex his aliquid faciendum datur) duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur: aut

(6) Quid si qui operas locavit, forte ad annum, certi artificii, aliquo tempore valetudine impeditus adversa præstare eas nequeat? Vulgo volunt ejus temporis, quo operæ non exhibitæ, nihil mercedis deberi, refer. Vaud. 1. Q. 7. et reprobante. 1.° Ne ad afflictionem corporis accedat afflictio rei familiaris. 2.° Per *L.* 4. §. 5. vers. *sed etsi de statulib.* Facit *L. ult.* §. *pen. ad L. Rhod. de jac.* Denique per *d. L.* 19. §. *ult.*

(7) Hujus vero locationis proprium hoc esse sentit, Rod. Forner. 4. *Rer. Quotid.* 21. quod cum alias in contractibus mutuæ præstationis, alter conveniri nequeat, nisi agens prior impleverit, hic tamen operis redemptor, ut Festo vocatur (Horat. 2. *Epist.* 2. *et in LL.* ut *supra* C. 6. *N.* 9.) etiam non prærogata mercede, cogatur opus perficere, contra locator, opere demum absoluto, possit conveniri, per *L.* 80. §. *ad L. Falc.* Nisi in singulas operas merces constituta, quæ nondum perfecto opere, pro modo præstitorum operarum potest exigi, arg. *L.* 30. §. *pen. h. t. L.* 42. *de V. O.* Ita Furnerius: quæ per *dd. LL.* parum probari videntur.

ejusdem generis, veluti cum argentum fabro daretur, ut vasa fierent; aut aurum, ut anuli. Ex superiore caussa rem domini manere: ex posteriore in creditum iri. Hinc quæ sit in his conductoris obligatio, et præstatio, intelligitur. Quia enim ex priore caussa res data domini manet, ut sit cum res locantur; *L. non solet*, 39. *D. loc.* ideo in hac quoque specie eadem illa obligatio consistit, quam diximus, tum de rebus ipsis quæ accepta sunt restituendis, tum de omnibus detrimentis, quæ culpa conductoris contigerint, præstandis. Ex posteriore autem caussa, quia id agitur, ut sicut in mutuo aliud ejusdem generis et qualitatis reddatur: ideo in creditum itur, id est in genus (8) quoddam mutui, in quo et suscipitur eadem obligatio. Hoc enim est creditum ire. *L.* 1. §. 1. *D. si cert. pet.* Quocirca et res ita datæ periculo sunt accipientis, quocumque casu perierint, ipse autem de his ut suis potest pro arbitrio statuere, et alias reddere ubi actum est. Ea est conditio rerum alicui, datarum, quæ pondere, numero mensurave constant, sive mutuo datæ sint, §. *item, is, Inst. quid. mod. recontr. obl.* sive in dotem datæ: *D. res in dotem, D. de jur. dot.* sive datæ in hoc genere locationis, sive depositæ. Ita ut neque clausæ, neque obsignatæ, neque certo loco divisæ darentur. Ex quo est responsum Alfeni de pluribus mercatoribus, qui frumenta sua vehenda locaverant, eaque in navem Saufeii nautæ collatæ communi consensu confuderant, in *d. L. in nave, D. loc.*

XIV. Altera species est ex eodem genere, cum opus aliquod faciendum locatum est, et de periculo operis quæritur, si furte opus cœptum aut perfectum interciderit prius, quam probaretur ab eo, qui faciendum locavit, idem qui et mercedem debet. In quo quæritur, utrius sit periculum, locatorisve, an vero artificis conductoris. De quo et traditum est, quod sit proprium hujus caussæ: quam ob caussam et peculiariter hic attingendum fuit. De eo hæc summa distinctio est, quæ ex variis locis de hac specie parum expositis colligitur. Interest, utrum opus faciendum ita locatum sit, ut in singulos dies opus efficeretur arbitrio domini, ejusdemque locatoris, et in singulas eas singulorum dierum operas merces constitueretur: an vero opus aversione locatum sit. Si ita locatum sit opus, ut in singulas operas, seu in singulos dies mercede constituta opus arbitrio domini efficerentur, placet conductorem nihil præstare domino de bonitate operis debere: ut quanvis opus vitiosum fecerit, quod et interciderit, tamen non possit eum eo ex locato agi, itaque periculum sit locatoris: exstat hæc pars distinctionis in lege. *ea lege*, 51. §. *u't.* in fin. *D. locat.* Habet autem hanc rationem, quod etsi interiit opus vitio operis, tamen quia id actum est, ut fieret arbitrio domini, id est prout ille præscriberet, et imperaret, si quid hic vitii est, domino arbitranti et imperanti imputari debet. Alia caussa est, si opus aversione locatum sit, quibus verbis Florentinus utitur in *L. opus*, 36. *D. locat.* Aversione opus faciendum locatum interpretor, cum ita locatur, ut dominus velit totum opus fieri industria et arbitrio facientis, sic tamen, ut facti bonitas postea sibi approbetur. Appellatio inde, quod qui ita faciendum locat, nominatim (9) avertit a se

(8) Non tamen ideo absolute mutuum fieri, cum operæ merces intercedat, sed locationem manere, ex qua dominium transit contra communem locationis naturam, Cujac. 7. *Obs.* 39. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 15. Nec quis putetur refragari *L.* 34. *de auro et arg. leg.* ne dum dicat cum Hot. 4. *Obs.* 10. apertam ICtorum dissensionem sine calumnia dissimulari non posse. Nam ibi verba, *ita ut ex eo* convincunt nominatim actum fuisse, ut ex illo ipso auro, quod aurifici datum, in specie aliquid fieret, non ex alio ejusdem bonitatis.

(9) Aliter Cujac. 8. *Obs.* 15. Aversione dici conductam rem *d. L.* 36. *et L.* 1 §. *exercitorem* 15. *de exerc. act.* vel venditam *L.* 62. §. *ult. de contr. empt.* *L.* 4. §. *ult. de contr. empt.* *L.* 4. §. *ult. de peric. et comm.* quæ Gr. ἐν ὁμάδι in universo, quod quasi aversi ita locent aut vendant et *ad L.* 35. §. 5. *de contr. empt.* quæ confuse et acervatim, pretio insimul dicto non in singulas res constituto, quomodo et Rævard. 2. *Var.* 7. scribens aversioni contrariam esse sectionem itemque omnem cum auctio fit, solere aversione aut sectione vendi. A. Aug. 3. *Emend.* 6. *p.* 146. sic: cum numerus, mensura, pondus aut quid aliud his simile dictum non est. Aversio sic opponitur numero *L. ult. in fi. ad L. Rhod. de jact.* Per aversionem navis conducta *d. L.* 1. §. 15. Si ut tota, non ut in singulas amphoras, aut res importatas merces detur. Seu ut non singulorum dierum, aut mensium lucrum solvatur, sed certa mercede constituta conductoris sint fructus, domini navis merces. *Ibid. p.* 148 sic dictam quod emptor aut conductor periculum avertat a venditore aut locatore (non a se, ut noster) idque in se recipiat, tametsi verbis expressum non sit. Aliter Govean. 2. *Var. Lect.* 14. Quoad cætera recte opinor, Augustin. quoad nominis rationem rectius noster Aversione itaque opus locatum, quando una merces dicta exsolvenda opere consummato, non vel in singulorum dierum operas vel in pedes mensu-

periculum, quod ex vitio rei contigerit, donec approbetur. Atque hinc actio oneris aversi, cujus paulo ante meminimus; quæ nominatim in *L. in nave*, 31. *loc.* Hanc hujus verbi significationem esse colligimus ex *d. L. ea lege*, 51. §. 1. ubi opus illud quod aversione locari dicitur in *L. opus*, *eod.* sic designatur, ut opponatur ei operi, quod ita locatur, ut in singulos dies, singulasve operas arbitrio et auctoritate domini fieret. Ita in summa opus aversione locatum dicitur, cum ita faciendum locatum est, ut factum pro industria et arbitrio conductoris postea locatori adprobaretur. In ea specie de periculo operis, quod periit ante approbationem locatoris, ita placuit, ut si periit vitio operis, id est conductoris culpa, quia opus bene, et ex arte ædificatum non erat, periculum sit conductoris, qui faciendum suscepit. Quod si opus interciderit vi majore, periculum sit locatoris, nisi aliud actum sit. Quæ distinctio et sententia est, quam intelligere debemus statui in *d. L. opus*, 36. *loc.* quod et recte Accursius sensit. Congruit autem distinctio iis, quæ de culpa et casu fortuito in locatio præstandis ante diximus. Quippe vitium operis proficiscitur ab imperitia artificis. Imperitia autem culpæ aunumeratur. *L.* 9. §. *Celsus*, *D. loc.* Hæc qualiscumque sit etiam levissima in locatione et conductione præstatur. §. *pen. Inst. de loc. et cond. L. si merces*, 25. §. *pen. D. loc.* Casu autem fortuiti nullo judicio præstantur. *L. contractus*, *D. de reg. jur.* Sed huic distinctioni locus est ante approbationem operis facti. Postquam autem semel opus a domino eodemque locatore probatum est, nihil deinceps conductor de periculo aut vitio rei domino præstare debet. Nam si ratihabitio mandato comparatur; ut comparatur *L. ult. C. ad sen. Mac.* opere approbato tam necesse est conductorem eo nomine non teneri, quam si opus domino arbitrante et mandante factum esset. Et ut bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. *L. inter*, §. *abesse*, *D. mand.* ita recte dicetur bonum opus facere locator, qui factum et probatum admisit.

rasve. Ex. gr. Locata domus ædificanda. Si una merces dicta est pro integro ædificio perfecto præstanda forte 100. aurei, aversione dicetur facta locatio. Secus si convenit vel diatim, vel in singulas septimanas ut fere fiari solet, vel menses operariis mercedam præstari, itamque si certa in pedes mensurasve merces dicta. Illo casu periculum quodcumque etiam vis majoris, casusve fatalis est ejus qui extruandum recapit, ante perfectionam ædificii, perfectiqua accapticnem, seu approbationem. Hoc autem locatoris postea quam, si in pedes mensurasve locatum fuerit, admensum est. Antea autem artificis qualenus non admansum, nisi locator in mora fuerit ne admetiatur *d. L.* 36.

CAP. X.

Mandati obligationem duarum rerum conjunctione contrahi, Mandato, et Mandati susceptione. Mandatum quid sit: Quibus tum verbis, tum factis declaretur. Quid a commendatione differat. Mandato suscepto sic exsistere solere contractum et obligationem mandati, ut hic duæ species excipiantur, cessio actionum interdum, et in universum mandatarii solius caussa mandatum interpositum.

Transitio et ratio ordinis. I.
Definitio mandati quædam refellitur, et explóditur ut imperita. II.
Contractus, seu obligatio mandati mandato constat, et susceptione mandati: verbi significatio atque etymon explicatur. III.
Mandatum declaratur aut verbis, aut re et silentio. IV.
Verbis quocumque conceptis; triplex eo significandi modus et qui. V.
Re et silentio quomodo. VI.
Commendatio non est mandatum, nisi aliud accesserit, et quid illud. VII.
Mandatum omne gratuitum, etiam illud, cui pecunia, velut honos accesserit, et quare. VIII.
Ad obligationem mandati susceptio ejusdem mandati necessaria; et quid inde consequens. IX.
Interdum tamen nec mandato suscepto contrahitur obligatio; duobus in causis. 1. *Si res sit de actionum mandato.* X.
2. *Si solius mandatarii gratia fuerit interpositum mandatum.* XI.
Ratio, plenaque ejus explicatio. XII. XIII.
Cur sit inutile mandatum in quo convenerit ut ad alterum ex contrahentibus periculum dumtaxat, ad alterum omne commodum pertineat. XIV.
Interpretatio L. 6. §. plane *in fin. D.* mand. *Cujus et ratio illustrata.* XV.

I. Hæc de usitatissimis et notissimis contractibus illis duobus, emptione, venditione, locatione, conductione. Sequuntur ex eodem genere minus frequentes duo, Mandatum, Societas. Liceat enim mihi in his explicandis istam dispositionem sequi quam et in Pandectis, et in Codice servatam videmus: sive quod mandatum in usu hominum frequentius est quam societas propter exsequendi sine damni metu facilitatem: sive quod minus præstationum continet. Quarum utraque de caussa fit, ut sit notius, et idem explicatu facilius.

II. Mandatum, qui contractum, aut officium gratis susceptum (1) definiunt, faciunt admodum inconsiderate, ne dicam imperite. Mandatum enim, ut apparet, est solius mandantis factum, quod profecto per se solum obligationem non parit, eoque nec contractum continet. Potest enim quis quid alicui mandare, quod ille non suscipiat: ac remoto duorum in idem consensu, non est contractus. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Multo minus mandatum esse dixerimus officium susceptum. Quia potest mandatum intervenire, ut non sit susceptum. Deinde quia etiam si susceptum sit, tamen mandatum est in mandante; officium in eo, qui operam præbet. Quæ duo subjectis distincta nunquam eidem personæ attribui possunt. Nec si emptio, aut locatio, idest contractus pars in his pro toto contractu usurpatur, ideo in mandato id licet facere. Nam emptio semper venditionem sibi adjunctam habet, venditio emptionem, locatio conductionem, conductio locationem; quoniam neutrum sine altero ne in-

(1) P. Nicol. Mozz. *de Mandato C.* 1. *n.* 7. Officium ab eo qui gratuito suscepit exhibendum. Recte hoc reprobat noster. At non probandum, quod eos insectatur, qui contractum definiunt. Sic Vult. *in pr. I. h. t. n.* 1. Contractus ex consensu quo quis negotium expresse seu tacite in se suscipit expediendum gratuito. Gœdd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 61. qui consensu de negotio alicujus gratis gerendo perficitur. Cujac. *in Par. C. h. t.* Conventio qua qui rogatur Procuratoris animo in se recipit gratuito daturum, facturumve. Nec recte negat Donellus mandatum sumi pro toto contractu. Aliud toti Tituli *D. et C. Mand.* convincunt. Dicitur passim Mandatum contrahi, mandati obligationes et actiones etc. Quin et notatio convincit significare totum negotium rogantis et recipientis. Imo et in recipientis persona dicitur mandatum, ut quando vocatur gratuitum, non certe, quod gratis quis mandet, sed quod alter suscipiat. Denique uti jussus vere non est, nisi cui parendi necessitas, ita nec mandatum, nisi cujus recipiendi in eo cui committitur voluntas. Quare duarum hic rerum conjunctio, non mandati et susceptionis, hæc enim in illo includitur, sed rogationis et receptionis, ut rectius Cujac. *in Par. C. h. t.*

telligi quidem potest, ut in emptione ostendi. Mandatum autem nulla necessitate susceptionem ejus sibi habet adjunctam, cum ut dixi, possit quis mandare, quod cui mandatur, non suscipiat.

III. Sciamus igitur neque contractum, neque obligationem mandati ex solo mandato æstimari debere aut definiri posse, sed ex his rebus quæ junctæ hunc contractum et obligationem efficiunt: atque ita dicamus, mandati obligationem (nam de hac contrahenda nunc agitur) duarum rerum conjunctione contrahi, mandato, et mandati susceptione: ut qui has partes noverit, hujus generis contractum noverit. De quibus jam distincte dicemus. Mandatum dictum a mandando. Est autem mandare, aliquid alicui gratis gerendum committere; veluti si committam tibi, ut negotia mea aut Titii geras; pro me fidejubeas; mihi aut Titio, vel mihi et Titio fundum emas, et si quæ sunt exempla mandati ejusmodi proposita in *L.* 2. *D. mand.* et §. 1. *Inst. eod.* Quam recte definiamus isto modo, et quibus rebus declaretur superius factum, paucis indicemus. Mandare, inquimus, est committere quid alicui, idest injungere, ac velut tradere alicui quod gerat. Hæc aperte vis inest in verbo mandandi. Compositum est enim ex manu et do: et per contractum dictum mando, quan quod (2) manu tradam tibi, ut geras.

IV. Id quocumque modo fiat, dum intelligatur, æque mandatum est, et pariter valet ad obligationem. Mandatur autem et committitur quid isto modo partim verbis, partim re et silentio nostro.

V. Verba mandatum significantia sunt omnia, quibus (3) declaramus nos cupere, ut alius quid suscipiat et gerat nostra voluntate. Hæc plura esse, quam usitata illa rogo, volo, mando, Paulus significat dum quocumque alio verbo scriptum sit mandati actionem esse scribit in L. 1. in pr. *D. eod.* Sed quæ sint ista alia, nobis quærendum relinquit. Et sunt sane multo plura, quam prima specie quibusvis occurrant. Est autem in his hæc varietas. Mandati verba quædam sunt jubentis, quædam rogantis, quædam desiderium tantum ut quid fiat, significantis. Jubentis, ut eme mihi illum fundum: volo, jubeo, ut illud negotium perficias. Nam et qui jubet, mandat. *L. si quis mihi*, 25. §. 1. *D. de acq. her.* Rogantis; ut peto, rogo, mando, fidei tuæ committo, ut negotia mea geras, quæ indicantur in *d. L.* 1. *D. eod.* qualia etiam fuerunt fidei commissorum olim, quæ commemorantur in §. *ult. Inst. de sign. reb. per fid. rel.* Desiderium tantum significantis ut spero fore ut illa negotia bene geras: si illam caussam meo nomine egeris, mihi gratum facies. Exempla in *d. L. si quis mihi.* §. *ult. de acq. her.*

VI. Re et silentio mandare intelligimur, quoties quis instituit quid, facitve nostro nomine in rem nostram; idque nobis præsentibus, et patimur. Veluti si quis pro me præsente (4) fidejusserit, et ego sim passus. Idemque de similibus dicendum est. *L. si remunerandi*, 6. §. *si passus*, *L. qui patitur*, 18. *D. mand.*

VII. Non simpliciter mandare committere est: sed committere alicui quid gerendum, ut in exemplis quæ initio retuli, qualia exstant in *d. L.* 2. *D. eod.* Hac parte admonemur, commendare aliquem non esse mandare, et eum qui commendat alicui amicum vel præsens vel per literas, si præter commendationem nihil intervenit, non obligari ei, cui commendavit, quidquid ille vel pecuniæ, vel operæ in eum, cui commendatus est, contulerit. Ut si ita scribam, Rogo, Lucium Titium amicum meum commendatum habeas. Si ex hac commendatione tu Lucio Titio egenti pecuniam credideris, tibi non obligor nec negotiorum gestorum, quia negotium meum non gessisti, nec obligor mandati; quia, inquit Ulpianus, commendandi magis hominis, quam mandandi caussa scriptum sit. *L. si vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mand.* Ideo in summa quia commendare simpliciter ubi nihil aliud accedit, non est mandare. Id autem intelligitur et horum verborum definitione. Quippe mandare, ut diximus, est

(2) Quod in committendis negociis, alter alteri manum daret, Isidor. 5. *Etymol.* 24. P. Fab. *ad L.* 60. *de R. J.* Apud omnes enim fere gentes manus fidei symbolum. Unde Virgil. *fallere dextras*, id est, fidem. Terent. *Andr. Act.* 1. *Sc.* 5. *per dexteram, per fidem etc. et Hanc mihi manum dat*, id est fidei meæ committit, add. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic. C.* 4 A. Guib. *de Matrim. c.* 4. *n.* 7. Gœdd. *de Contr. stip. C.* 3. *n.* 18. Facit *Prov.* 6. *v.* 1. et *C.* 22. *v.* 26.

(3) Mozz. *de Mandato Col.* 3. *de substantial. n.* 7. *et seq. Mando* enim non est verbum imperativum sed precarium §. *ult. I. de sing. reb. per fid. rel.* Unde pro fideicommittere, in *L.* 77. §. 3. *de Leg.* 2. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic. C.* 1. Mandatur enim libero homini, et a Cic. 1. *de Orat.* opponitur verbum imperandi, Cujac. *in Par.* t. *h.*

(4) *L.* 40 *L.* 53. *h. t. semper.* 60. *de R. J.* ubi P. Fab. vid. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 62. *n.* 7. et 8. *Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1.

committere alicui quid gerendum. Commendare autem est laudare aliquem apud eum, cui illum commendatum volumus: petere, ut ille eum, qui commendatur, dignum sua benevolentia et commendatione habeat, eaque etiam illum complecti velit. In eo nihil mandamus gerendum. Proinde in eo nec mandatum, nec mandati obligatio est. Sane si is qui commendavit insuper adjecerit hæc verba, et si quid in eum contuleris, tam mihi gratum erit, quam si in (5) me contulisses, ut fieri solet: hic incipiet esse mandatum, et si quid ex illo in commendatum abs te collatum erit, ego obligor. Quod quidem aperte actum est superioribus verbis. Nam si in me contulisses, nemo dubitat, quin obligarer. Nunc autem volui, quod in amicum contuleris perinde esse, quasi in me contulisses.

VIII. Ut committatur alicui quid gerendum ita, ut diximus; nondum tamen mandatum est, nisi hoc ipsum geritur gratis, quod committitur. Mandatum, quod ex officio atque amicitia originem trahit, nisi gratuitum nullum est. *L.* 1. *L. ult. D. mand.* Mercede operæ initio constituta, si factum locari potest, locatio et conductio est. Si non potest locari, aut res alia constituta erit initio pro opera, aut pecunia quidem, sed non ab initio certa, verum de quanta inter contrahentes convenerit: erit incerti contractus genus, cujus generis conventiones solo consensu non pariunt obligationem: re secuta pariunt, et inde præscriptis verbis actio. *L. naturalis*, §. *ut cum do. L. si tibi poliendа*, 22. *D. de præscr. verb.* §. *ult. institution. de mandat. d. lege* 1. in fin. *D. eod.* Sane si remunerandi gratia honos intervenit, placet nihilominus et mandatum esse, et mandati actionem, *L. si remunerandi*, 6. in princip. *D. mand.* ubi tamen honos vocatur nostris merces operæ, quod idem dicitur honorarium. *L.* 1. §. 1. §. *in honorariis*, *D. de extr. cognit.* ut sic pecunia etiam interveniente, id est aut data aut promissa nihilominus sit mandatum. Sed non sunt hæc contraria. Honos enim non simpliciter est merces, sed merces voluntaria, id est ea quæ nulla necessitate aperta dandi cogente honoris tantum, et remunerandi caussa alicui datur: ut recte definiatur honos seu honorarium, gratuitæ operæ (6) voluntaria remuneratio. Multum autem interest utrum ab initio quid constituatur pro opera, quod necesse sit præstare, at hac lege suscipiatur mandatum: an vero ab initio gratis (7) suscepto mandato detur postea aut promittatur aliquid pro opera procuratori, quem honorem hic vocamus. Si quid constituitur ab initio, non est mandatum jam a principio gratuitum, eoque nec mandatum. Si nulla re ab initio constituta gratis suscipitur, tum vere est gratuitum. Ubi autem tale esse cœpit; quidquid dominus dederit postea, aut promiserit eo nomine, non efficiet, ut desinat esse gratuitum mandatum, quod ab initio tale fuit. Uniuscujusque enim contractus initium spectamus et caussam. *L. si procuratorem*, 8. in pr. *D. mand.* Ac nec potest ea pecunia in proposito id efficere, etiamsi maxime in aliis caussis mutari eventu posset contractus, qui ab initio fuisset. Non enim honorarium hoc dat aut promittit dominus ulla necessitate obligationis, sed quia placet illi operam mandatarii ita remunerari. Quod plane ad donationem accedit. Donari enim intelligitur, quod nullo jure cogente conceditur, *L. donari, D. de reg. jur.* Nec mandatarius ita accipit, quasi non facturus si non acciperet, nam et absque eo obligatur judicio mandati ut mandatum etiam gratis impleat.

IX. Et hoc quidem mandare est. Sed non statim ut quisque mandavit quid alii, est mandati obligatio. Contrahitur hæc consensu. *L.* 1. *D. mand.* Proinde tunc, eum is, cui gerendum quid commissum est, consensit, ut gereret: uno verbo cum mandatum suscepit. Mandato autem suscepto, ita contrahitur obligatio, ut exinde solo hoc consensu consistat. Ut et qui mandat præstare debeat indemnem eum, qui gerit, et qui suscipit, susceptum debeat consummare. *L.* 1. in princip. *L. si mandavero*, 22. §. *ult. D. mandat.* §. *penult. Institution. eod.*

X. Duæ caussæ hic exceptæ, in quibus

(5) At ego putarem nullam ex hujusmodi verbis nisi naturalem obligationem oriri, ut beneficii debitor fiat, cujus commendatio pondus habuit. Neque enim hic ulla res certa in obligatione, quam debitum civile requirit.

(6) Recte ergo hic non est peculiaris contractus ex quo salarium debeatur, ceu vult noster *supra Lib.* 12. *C.* 14. *N.* 5.

(7) Imo non post susceptum tantum, sed perfectum et jam expeditum negotium præstatur. Remuneratio enim est beneficii compensatio. Beneficio vero affectus vero non dicitur, cui id promissum, quid enim si aureos montes pollicitus nihil præstet, sed cui exhibitum. Non igitur recte Wes. *in Par. h. t. n.* 3. Mandatum aliud esse gratuitum, aliud mercenarium.

nec mandato suscepto contrahitur obligatio mandati. Mandatum scilicet actionum. De quo ita constitutum est ab Anastasio, ut si cessio actionum voluntaria est, et fit pretio accepto, non valeat ultra quantitatem acceptam, et ejus quantitatis usuras. *L. pen C. mand.*

XI. Altera, cujus exceptio vetus est, et ad omne mandatum pertinet, ut ne sit ex ullo mandato suscepto mandati obligatio, si mandatum interpositum sit solius mandatarii caussa. Atque hic usus est divisionis ejus, quæ pluribus verbis traditur *Inst. de mand.* in pr. et *§§. duob. sequentib.* item *L. 2. D. eod.* de iis modis, quibus mandatum contrahitur. Quam quidem divisionem huc referri oporteat. Et ne in ea de singulis modis, qui illic proponuntur, diligentius cognoscendis anxie laboremus, summa una hæc est: cujuscumque tandem, aut quorumcumque aliorum gratia mandatum interveniat, mandati obligationem nasci: sive aliquis sua tantum gratia tibi mandet; sive sua et tua; sive aliena tantum; sive sua et aliena; sive tua et aliena. *Inst. de mand.* in pr. et §. 1. At si tua tantum, id est mandatarii gratia tibi mandatum sit nullum mandatum esse, eoque nec mandati obligationem. Ut quanvis tibi mandatum non expediat, et cum damno exsecutus sis mandatum: tamen non teneatur, qui mandavit, nec ille ut impleas, actionem adversus te habeat. *Inst. de mand.* in pr. et §. *tua.* Ac cæterorum quoque exempla subjiciuntur deinceps: quæ qualia sint in singulis modis, non ita est laborandum, cum qualiacumque fuerint, dicamus contrahi obligationem mandati. De postremo, quod diversam rationem habet, solum quærendum. Est autem hoc exemplum in *L. 2. D. eod.* Veluti, si quis tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces.

XII. Ratio ibidem addita, quia hujus generis mandatum consilium magis est, quam mandatum. Nullum autem consilium, in quo nihil nisi consilium sit, obligatorium. Ex quo regula juris, Consilii non fraudulenti nullam esse obligationem. *L. consilii, D. de reg. jur.* Sed et hæc ipsa ratio rationis indiget. Cur enim qui superiora mandat, etsi id facit consilii caussa, eo minus obliget, aut obligetur? Ratio ergo insuper ibidem adjecta, cur consilii nulla sit obligatio, etsi ei cui mandabatur, non expediat. Hæc autem certa est, quam subjicio. Quippe res tota tua et arbitrii tui est, si quid mandatur gratia tantum tua. In re arbitrii tui nec habet mandator, cur te cogat facere quod nolis; nec si tu gesseris cum incommodo tuo, quidquam habes, quod de alia queraris, ac propterea ab illo quidquam reposcas. Si putas non expedire tibi consilium, aut alia de caussa exsequi non vis: nulla te res cogit id facere: cum unusquisque sit moderator et arbiter rei suæ. *L. in re mandata, C. mand.* Nec habet mandator, cur te cogat, cum quanvis rem optime gessisses, nihil tamen inde ad illum redeat. Si putas tibi expedire consilium, aut quia videtur tibi quovis modo rem tentare, ideo rem aggrederis, et male cedit, habes quod de te solo quæraris, non de alio. Nam cum scires quid esset in re aut certe apud te ut in re tua explorare posses, tua culpa est, si re non bene explorata gesseris, factum cuique suum non alii nocere debet. *L. factum cuique, D. de reg. jur.*

XIII. Illud plane mandatori in consilio nocere potest, si dolus ejus et calliditas intervenerit. Quo casu de dolo tenebitur. Ideo dictum est regula juris nullam esse obligationem non simpliciter consilii, sed consilii non fraudulenti. *d. L. consilii, de reg. jur.* Finge, cum esses heres institutus, et esset damnosa hereditas, me apud te multa mentitum de hereditatis facultatibus: hortatum te esse, ut adires. Si consilio inductus adieris, ego de dolo tenebor. *L. ult. D. de dol.* Nam quod exemplum vulgo adferri solet, huc non convenit: cum quis scilicet mihi credere dubitanti, cum sciret eum qui pecuniam petebat, facultatibus labi, nihilominus eum sui lucri caussa affirmavit idoneum esse, et ideo ei credidi. Etsi enim hoc casu placet mihi adversus te (8) de dolo actionem dandam: *L. quod si, D. de dol.* tamen si ille affirmator mihi nihil mandavit; non est id consilium et mandatum de quo agimus: si mandavit, ut debitori futuro crederem, jam mandati mihi tenebitur. Est enim mandatum mea et aliena gratia interpositum: quo genere mandati obligationem contrahi constat. §. *tua.* in pr. et vers. *et adeo Inst. de*

(8) Nulla autem obligatio jure nostro, si eum qui mutuum poscit solvendo esse inscius affirmes *L. 7. §. ult. de dolo.* Secus Jure Lubecensium *Lib. 3. Tit. 10. Art. unico,* quo si adstans emptori peregrino dicat: Fidem potes illi habere de pretio, non cures de solutione, ac deinde emptor non solvat, conveniri potest, qui advenam laudavit.

mand. Quod si fraudulentum consilium non erit, tenebimus citra exceptionem in eo nec mandati, nec aliam esse obligationem. Adjiciemus, quanvis convenerit, ut quod tua solum caussa mandabatur, tuo periculo esset, ita ut non videreris aliter facturus esse; quam si ita convenisset. Utputa mandavi tibi, ut pecuniam tuam crederes ita, ut arbitrii tui esset, id est ut cuivis crederes, tu acciperes usuras; periculum duntaxat ad me pertineret. Respondit Celsus extra mandati formam id esse, id est, non esse mandatum. Quemadmodum si mandem, ut tibi quenvis fundum emas. *L. Quintus*, 48. §. *ult. D. mand.* ut tibi, inquam, emas, non autem mihi, ut perperam (9) legitur in *Pand. Florent.* nam ut mihi fundum emas, maxime mandatum consistere inter omnes convenit. *L.* 2. *D. mand.*

XIV. Sed cur non valeat conventio, ut sit meum periculum, et hactenus sit mandati obligatio: cum dicamus contractus ex conventione legem accipere? *L.* 1. §. *si convenit. D. depositi, L. contractus, D. de regul. jur.* Quia prius est, ut si contractus mandati, quam ut dicatur is contractus aliunde legem accipere. Nunc autem negamus hic mandatum esse, ubi quid mandatur tua gratia tantum, et placet rem arbitrii tui ac commodi esse. Sed etsi mandatum hic posset admitti ex conventione; tamen ex superiore non potest. Non enim ex omni conventione contractus legem accipiunt: verum ita, si et conventio per se servanda sit. Alioer, atque si conventio sit bonæ fidei contraria. *d. L. contractus, de reg. jur.* At talis est superior conventio, qua convenit, ut commodum omne tuum esset in pecunia credita, meum autem solius periculum, ad quem inde nihil pervenit. Non est enim secundum naturam, id est, non est æquum (sic enim explicatur in *L. pen. D. de just. et jur.*) ut quem sequuntur incommoda rei, non eumdem sequantur et commoda. *L. secundum, D. de reg. jur.* quod hic contra fit.

XV. Quid est igitur, quod traditur in *L. si remunerandi*, 6. §. *si tibi*, in fin. *D. mand. si tibi mandavero quod tua interest, mea non intersit;* nihilominus mandati actionem fore, *si non esses facturus, nisi ego mandassem?* Dicendum est scilicet, eum cujus gratia quid mandatur, si ejus solius intersit, seu si ejus tantum gratia mandetur, semper videri facturum fuisse, quod fecit, quanvis ei mandatum non esset; cum nulla caussa ei fuerit, cur propter mandatum faceret id, quod totum ad arbitrium et commodum ejus pertinebit. Tunc demum videtur quod mea non interfuit, non aliter facturus esse, quam si mandatum esset, cum ei ita mandatur ipsius gratia, ut alterius persona cujus intersit, etiam adjungatur. Utputa, mandavi tibi, ut pecuniam tuam fœnerares. Si generaliter, effectum est nullum esse mandatum. Si ut fœnerares nominatim Titio, diserte (10) scriptum est in §. *tua. vers. et adeo, Inst. de mand.* obligatorium esse hoc casu mandatum, hac ratione, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset. Ex qua ratione apparet, cur videaris sine mandato facturus non fuisse, conjecturam sumi ex eo, quod Titii quoque extranei caussa mandatum intervenit. Non idem dicendum, si aliena quoque gratia mandatum non intervenisset.

XVI. Sed cur eum tua tantum caussa tibi mandavi, nulla obligatio est: ubi autem mandavi aliena solum, vel tua quidem, sed simul aliena, nihilominus contrahitur obligatio, quanvis in omnibus his caussis pariter mea nihil intersit? Differentiæ ratio hæc est, quod in re tua potuisti sine culpa et ullius offensione diligens esse; et explorare, quid tibi expediret, ut ante diximus. Persona autem alterius adjecta cum qua rem gereres, debuisti in re et persona aliena dissimulare, nec esse curiosus, ut eleganter scriptum est in *L. doli*, in fin. *D. de novat.* Quæ res facit, ut si hic ob facultates illius alterius non exploratas in damnum aliquod incideris ideo damnum tibi præstandum sit, quia in eo non explorando sis extra culpam.

(9) Ceu habet vulgata et Holoandrina lectio. Recta et apta sententia. Forte tamen Florentinæ lectionis salva sententia per voculam *quenvis.* Quod non consistat mandatum de emendo mihi, *quovis*, fundo ob nimiam generalitatem et incertitudinem negotii commissi, arg. eorum quæ *supra Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 8.

(10) Ita et Vult. *in d.* §. 2. *n.* 2. quia hoc casu habet similitudinem fidejussionis. Sed vix convenit hæc expositio propter §. *præced.* 4. *d. L.* 6. ubi hæc species ut Titio credas. At in §. 5. alia species tractatur. Quare recte DD. excipiunt ex *d.* §. 5. nisi non esses facturus, quod tua solius gratia mandatum, si ego non mandassem, Mozz. *C.* 2. *de Divis. cir. fin.* Wes. *in Par. h. n.* 7. Quod tamen sic accipi velim, si certo id apparet et de eo testatus sis. Pone. Constituisti emere fundum. Ego dissuasi emptionem, mandans ut fœneres potius. Tu aperte profiteris non nisi mandato meo permotum te fœnerare. Si res male cessit, mandati teneor.

CAP. XI.

In mandato quæ sit mandatarii obligatio. Ejus obligationis duas esse partes; Mandati fidelem exsecutionem, nisi quæ idonea caussa hanc remittat, et quæ sint hæ caussæ; Tum mandato impleto eorum, quæ mandatarius per caussam mandati consecutus erit, restitutionem. In universa hac administratione quam culpam mandatarius præstare debeat.

I. Qui mandatum suscepit, facit suscipiendo ut mandati obligatio contrahatur, ut modo diximus. Et obligatur quidem ipse, sed non solus. Ut obligatur mandatori, ita vicissim et mandatorem sibi obligat. Principaliter quidem ipse: sed nihiluminus per consequentiam officii impleti is, qui mandavit. Ita sunt in mandato quoque inter mandatorem, et eum qui mandatum suscepit mutuæ obligationes præstationesque civiles: earumque etiam nomine actiones propriæ constitutæ, directa, et contraria: illa mandatori adversus mandatarium; hæc mandatariu adversus mandatorem: de quibus postea amplius suo ordine. Sed in hac tota obligatione prima caussa est mandatoris; a quo ut proficiscitur mandatum, ita et ejus caussa suscipitur. Quocirca et ab hujus jure initium faciendum, videndumque in eo de obligatione ejus, qui mandatum suscepit, quid is videlicet potestate hujus judicii mandatori præstare debeat: quem uno verbo mandatarium et (1) procuratorem in usu juris nominamus. Nam et procurator generaliter est is, qui aliena negotia mandatu domini administrat, etiam si unius tantum rei procurator sit. *L. 1. D. de proc.*

II. Et ejus, qui mandatum suscepit obligatio atque officium duas partes habet, quas ille in se suscipere intelligitur. Unam, ut mandatum exsequatur cum potest. Alteram, ut impleto mandato si quid ad eum per caussam mandati pervenerit, id mandatori restituat. Indicatur utraque conjunctim in *L. procuratorem, C. mand.*

III. Prima ergo pars hujus officii versatur in mandato exsequendo, implendove. Mandatum ab initio suscipere cuivis liberum est: semel susceptum consummari oportet *L. si mandavero, 22. §. ult. L. si quis alicui, 27. §. qui mandatum, D. mand.* Quod nisi impletur, succedit præstatio omnium faciendi obligationum communis, ut teneatur mandatarius in id quod mandatoris interest, præstatio ita hujus facti propria, ut nec prius competat eo nomine mandati actio, quam mandatoris interesse cœperit; et si cœperit interesse, non longius competat, quam quatenus interest. Quæ res facit, ut si ejus (2) nihil intersit, sive quod negotium ab alio recte gestum est, sive quod de re nihil deperiit, quamvis nemo gesserit; cessat mandati actio: ut hac quidem conditione liceat mandatum omne contemnere impune, *L. si procuratorem, 8. §. mandati, L. si quis alicui, 27. §. qui mandatum,*

(1) Differunt tamen ut genus et species. Omnis Procurator mandatarius, non contra. Qui ex mandato meo alteri dat pecuniam, pro me fidejubet, mandatarius est, non procurator, Andr. Clud. *de Condict. cert. C.* 3. *n.* 61.

(2) Sufficit tamen interesse tempore quo agitur, licet non interfuit tempore contractus. Et sic accipiunt *L.* 6. §. 4. *h. t.* Cujac. 17. *Obs.* 29. et Pac. 4. Q 82. Nec in ea negatio delenda, ut Hotom. 5. *Obs.* 10.

D. mandat. At si quid mandatoris interest, ibi est ea mandati neglecti obligatio et actio, quam dixi.

IV. Quod tamen non est perpetuum. Nam ut mandatum quis non exsequatur, et mandatoris intersit impletum fuisse: tamen duabus rebus consequitur mandatarius, ne eo nomine teneatur; tempestiva mandati renuntiatione; et justo renuntiandi exsequendive mandati impedimento. Primum renuntiatione mandati. Mandatum quamvis recte susceptum renuntiare concessum est, dum tempestive: quod ita fit, si ita renuntietur, ut integra potestas mandatori reservetur vel per se vel per alium eamdem rem commode explicandi. Sic enim nulla captio futura est mandatoris, quod in mandato solum quærendum est. *d. L. si mandavero*, 22. *§. ult. d. L. si quis alicui*, 27. *§. qui mandatum*, *D. mand. §. pen. Inst. eod.* Nec metuemus ne hac renuntiatione admissa dicamus aliquid contrarium ei constitutioni juris, qua traditum est renuntiare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, neminem posse. *L. sicut*, *C. de obl. et act.* Non enim obligatur absolute qui mandatum suscepit, ut mandatum impleat: sed hac lege, nisi re mandatori integra mandatum renuntiet, ut est in *d. L. si mandavero*, *§. ult. mand. d. §. pen. Inst. eod.* ut dicendum sit renuntiantem mandatum, ad id implendum non obligari: ita fieri ut quid id renuntiat, non possit dici renuntiare obligationi implendi mandati, qui ista conditione ad id implendum non fuit obligatus. Nec mirum sit, ei qui simpliciter mandatum susceperit, de renuntiando autem nihil neque convenerit, neque ulla re significaverit; nihilominus renuntiandi mandati potestatem tribui, et quidem secus, quam in aliis fere omnibus contractibus concessum est. *L. ab emptione*, *D. de pact.* Id enim officii alieno nomine suscepti ratio exigere visa est, cum officium gratis susceptum totum sit beneficii et liberalitatis. De omni beneficio sic veteres definiunt, natura æquum esse, *tandiu te liberalitate mea uti*, *quandiu velim*: *cum autem mutavero voluntatem*, *ut possim revocare.* Sic Ulpianus in *L.* 2. *L.* 1. *D. de prec.* tantum ne beneficium ita revocetur, ut id accipienti noceat. Adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet, ut eleganter in caussa commodati a Paulo scriptum est in *L. incommodato*, *§. sicut*, in fin. *D. com.* Atqui omnes hæ conditiones concurrunt ad mandatum recte renuntiandum. Nam et mandatum totum officii ac beneficii est. *L.* 1. in fin. *D. mand.* cum tempestive revocatur, fit, ut officium suscepti ante mandati mandatori non noceat. Licet igitur ex supra scripta æquitatis regula id revocare. Est enim hoc judicium bonæ fidei; Ad quam pertinent omnia, quæ ex æquo et bono præstanda sunt. *§. actionum*, *§. in bonæ Inst. de act.* Id autem demum æquum et bonum est, quod natura jus est, *L. pen. D. de just. et jur.*

V. Altero modo fit, ne mandatarius teneatur quamvis non impleto mandato, si justa aliqua ex caussa prohibitus sit, quominus renuntiaret mandatum, aut id impleret. *d. L. si quis alicui*, 27 *§. qui mandatum*, *D. mand.* Justæ hujus impedimenti caussæ duæ; si mandatarius renuntiare aut non possit, aut non debeat. Non potest; veluti si cum vellet renuntiare, prohibitus sit vel ex morbo, vel tempestate, vel vi hostium, prædonumve. *L. sane*, 23. et duab. seqq. *D. mand.* Non debet ne renuntiare quidem; vel propter capitales inimicitias, vel ob inanes rei actiones. Sic enim verba sunt *d. L. sane*, 23. *et L. seq. mand.* Hæ res duæ ideo ad mandatarii excusationem valent, quia ambæ efficiunt, ut non possit mandatarius sine periculo damnove suo renuntiare mandatum, aut exsequi. Non debet autem illi periculosum aut damnosum esse officium suum. *L. si servus*, 61. *§. quod vero*, *D. de furt.* Quod dico superioribus rebus effici, sic accidit. Inimicitiis capitalibus postea intervenientibus non potest mandatarius nisi cum periculo suo, aut contumeliarum vel rixæ metu ad inimicum venire. Sed et illud non temere metuat, ne mandato impleto non possit postea facile consequi quod eo nomine impendit. Idem efficiunt inanes rei actiones. Ubi scilicet inanes actiones rei intelligere debemus actiones mandatarii, quæ illi adversus reum, eumdemque mandatorem mandato impleto inanes futuræ essent. Quod contingit, si mandator interim pro certo solvendo esse desierit. Finge argentarium aut negotiatorem aliquem mihi mandasse, ut suo nomine illum fundum emerem centum aureis. Si is forte interea cesserit foro, et ut vulgo loquuntur mensam ruptam fecerit, impune negligam mandatum etiam sine alia renuntiatione: quia si emam, obligatus ero venditori, ut solvam pretium. Ea vero pecunia soluta mihi perierit, quam consequi non possum ab eo, qui solvendo esse desiit. Et ut nunc loquimur, ea pecunia a me soluta, inanes meæ actiones eo nomine adversus mandatorem futuræ sunt.

VI. Hæc de priore parte obligationis mandati, qua tenetur qui mandatum su-

scepit mandatori. Altera pars erat, ut mandato impleto quidquid per caussam mandati ad mandatarium pervenerit, id mandatori restituat: puta, ut si quid emerit alieno mandatu; si quid stipulatus consecutus sit, id ita restituere debeat mandatori. *L. idemque*, 10. §. 1. §. 2. *L. ex mandato*, 20. in prin. *D. mand.* Impletum mandatum quando videatur, dicam postea in commune in persona et obligatione mandatoris; adversus quem non est actio mandati, nisi impleto mandato. Dixi si quid ad mandatarium pervenerit non ex mandato, sed per caussam mandati: quia etsi quid ad eum pervenerit non ex eo, quod vere mandatum est, sed præter atque adeo contra mandatum; tamen in hanc restitutionem venit, dum pervenerit per caussam et occasionem mandati. Utputa, mandavi procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris. Si is contra mandatum crediderit sub usuris, etiam usuras consecutus mihi eas restituere debebit. *L. idemque* 10. §. *si mandavero*, *D. mand.* Item si mandaverim procuratori meo, ut centum quæ mihi Titius debet, ab eo exigeret; eumque egisset judicio eo nomine, forte per errorem aut injuriam judicis indebitum a Titio fuerit consecutus, placet (3) id quoque eum debere judicio mandati restituere. *L. qui proprio*, §. *procurator*, *D. de proc.* Et tamen pervenit id contra verba mandati, quo da debito exigendo mandatum erat. Sed satis est per caussam et occasionem mandatæ actionis ad procuratorem pervenisse.

VII. Nec solum corpora, quæ ex mandati caussa ad procuratorem pervenerunt, in hanc restitutionem veniunt: sed et actiones, si quas ex eadem caussa nactus fuerit. Ut si mandatu meo stipulatus sit a meo debitore, si quid meo nomine emerit, unde et illine quidem actio ex stipulatu, hinc autem ex empto quæsita sit adversus venditorem; has quoque actiones mihi restituere debebit. *L. si mandatu*, 45. in princ. §. *quoties*, *D. mand.* Tantum in hac specie singulare genus restitutionis animadvertendum est, quod hic probatum est a veteribus. Placet enim tria a mandatario ad hanc restitutionem exigi posse, prout mandator elegerit. Primum, ut mandatarius mandatori præstet cedatve actiones: quod quomodo fiat, alio loco dicetur. *L. qui mandatum*, 43. *d. L. si mandatu*, 45. §. *quoties*, *D. mand.* Alterum, ut mandatarius desiderante mandatore delegat debitorem vel mandatori, vel alii cui mandator voluerit. *L. idemque* 10. §. *si cui mandavero*, *D. mand.* idest ut adversus quem ex mandati caussa sibi quæsiit actionem mandatarius, eum det vice sua reum mandatori, idest eum qui stipulanti idem promittat novationis caussa: ut sic actio a mandatario ad mandatorem tota transferatur: id quod delegandi verbum significat. *L. delegare*, *D. de novat.* Atque hinc delegatio hæc pro actionis restitutione: quia etsi mandatarius re vera non restituit eam actionem, quam novatione habere desinit, sed solus debitor hanc præstet; tamen effectu necesse est eam pro restitutione mandatarii haberi, cum per eam consequatur mandator, ut multo certius actionem habeat, delegatio autem voluntate mandatarii contingat. Tertium est in hac restitutione, ut si mandatori videatur, mandatarius debitorem liberet. Hoc in *d. L. idemque*, 10. §. *si cui mandavero*. Videri tamen potest a mandato alienius, cum videatur hæc liberatio contraria esse restitutioni actionis. Nam liberato ita debitore neque superest actio amplius, quæ reddatur, neque hæc ista liberatione ad mandatorem pervenit quæ potius illi amissa est. Dicendum est etsi debitor in proposito a mandatario liberatus est; tamen cum liberatus sit voluntate et facto mandatoris, ejusdemque domini, satis effectu ab eo debitorem liberatum videri: et quia videtur ab eo liberatus, perinde hoc habendum, quasi mandator restituta prius sibi actione ipse postea reum liberasset. Nihil enim interest, per te quid facias, an per alium. *Inst. quib. mod. toll. obl.* in princ.

VIII. His partibus positis obligationis ejus, qua qui mandatum suscepit, tenetur mandatori; circa has incidere solet sæpe quæstio de dolo et culpa mandatarii, quid horum præstare debeat, cum in mandato exsequendo, tum in rerum ex mandato receptarum administratione. Fieri enim potest, ut mandatum non exsequatur, aut non recte, dolo malo, vel lata culpa, id est ea culpa et negligentia, qualem non solet in suis rebus admittere. Fieri potest, ut culpa levi, idest eo facto vel negligentia quam et in suis rebus admittere solet, sed quam non item admitteret diligens paterfamilias. Fieri item potest in his, quæ ex mandati caussa ad eum pervenerunt, ut ex his perdiderit quid, aut passus sit deterius fieri, alias dolo, alias lata culpa, alias levi. Quæritur igitur, inquam, si quid horum accidat, quid eo nomine mandatarius mandatori præstare debeat: dolumne tantum, et latam culpam,

(3) Et Arg. *L.* 8 §. 1. *de neg. gest.* vid. Gifan. *in d. L.* 46. *n.* 20. *et seqq.*

ut fit in deposito, cum pariter in utroque, id est in mandato similiter ut in deposito non versetur utilitas debitoris: an vero sit aliquid proprium in mandato, cur in superiore administratione præstet mandatarius et dolum, et omnem culpam. Anceps quæstio, et in contrarias partes agitata, locis et rationibus non frivolis alio, atque alio ducentibus. Procuratorem seu mandatarium in alienorum negotiorum administratione (4) omnem culpam, non etiam casum fortuitum præstare, diserte scriptum est in *L. a procuratore, C. mand.* et quidem ita, ut ibi dicatur hæc sententia juris auctoritate manifeste declarari. Congruit *L. in re mandata.* Quæ eamdem sententiam apertius posuit. *C. eod. tit.*

IX. In contrariam partem trahere videntur et rationes juris et æquitatis, et loci non obscuri. Primum hæc constitutio est veterum, ubi in negotio aliquo utilitas debitoris non agitur, seu solum creditoris, ibi dolum tantum a debitore præstari, culpam non præstari nisi dolo proximam, ut in deposito. *L. 5. §. nunc videndum*, et deinceps. *D. commod. L. 1. §. ult. L. quod Nerva, D. depos.* Atqui hujus generis est mandatum, quod totum mandatoris caussa suscipitur, nulla mandatarii. Accedit altera sententia juris et æquitatis exploratæ, nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxit, non sui commodi caussa susceperit, damnosum esse debere. *L. si servus, 61. §. quod vero, D. de furt.* Id præcipue ad mandatarium pertinere jam ante dixi, et res loquitur. Quare præterquam quod is industria sua et pro captu præstare potest, ab eo exigi non debet: ne propter officium susceptum ultra quam potest, damno afficiatur. Loci autem in hanc sententiam pene diserte scripti videri possunt tres. Primum *L. 8. §. ult. D. mandat.* ubi is cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit vel dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si gratia ductus passus est alium emere. Hoc vero non dubium argumentum est, si quid horum non erit, mandatarium non teneri. Sic Papinianus colligit in L. 1. vers. *hujus, D. de off. ejus cui mand. est jurisd.* Licet addere *L. dolus, 44. D. mand.* in qua definitur, quando sit dolus in mandatario mandatum non exsequente. Quorsum, nisi hoc quærere necesse est in mandato, et ideo necesse, quia mandatarius teneatur solum ob dolum? Alter locus est in *L. si fidejussor, 29. §. si cum debitor, D. mand.* ubi si fidejussor, idemque mandatarius, postquam solvit creditori, non significet id reo principali, et reus postea solvat, quod eum solvere non oportebat, Ulpiani sententia est fidejussoris detrimentum fore; addita hac ratione, quia dolo proximum sit id non fecisse. Tolle hanc rationem. Dicendum erit jus deficere. *L. quod dictum, D. de pact.* Tertius locus est in *L. idemque 10.* in pr. *eod. tit.* ubi diserte hæc sententia scripta est, nihil amplius quam bonam fidem præstare eum oportere, qui procurat. Præstare bonam fidem veteribus est aut præstare, quod dixeris, promiseris, *L. 1. D. de pact.* aut extra conventionem facere pro captu et diligentia sua, quantum quis possit, et soleat: ultra autem non teneri, quamvis alius diligentior et intelligentior melius rem gesturus fuisset. *L. quod Nerva, D. depos.*

X. Sed nihil horum tanti est, ut liceat omittere priorem sententiam, quæ locis tam diserte scriptis expressa est. Omnem culpam qui a procuratore præstandam esse dicitur, ut fit in *L. a procuratore, C. mand.* nullam excludit. Et maxime cum illic excipiatur solum casus fortuitus. Quæ exceptione non potest non in cæteris omnibus præstationibus regula confirmari. *L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa, D. de inst. vel inst. leg.* Nihil ad rem pertinet quorundam defensio, qui ista a procuratore in litem dato exigi dicunt, in *d. L. procuratore.* Non idem probandum in cæteris mandatariis. Differentiæ autem rationem esse, quod in reliquis caussis mandatum sit gratuitum: procurator autem ad litem datus salarium accipiat, propter quod fit, ut in negotio utilitas quoque ejus versetur. Nam lex de procuratore generaliter loquitur. Scimus autem procuratorem dici omnem, qui mandatu domini negotia ejus administrat, non tantum si in lite id faciat, sed et maxime si extra litem. *L. 1. D. de procur.* Tum autem præcidit omnem hanc defensionem *d. L. in re, C. mand.* ubi agitur non de hoc aut illo procuratore, sed generaliter de re mandata. Agitur de eo, qui aliena negotia gerit. Quo uno maxime significatur agi de eo, qui gerit extra litem, non in lite; quia in lite e-

(4) Et levissima. (Quod et noster adderet nisi eam a levi non distinctam putaret, vid. infra *Lib. 16. C. 7.*) Duaren. *h. t. C. 2.* Mozz. *Col. 4. de Natural. n. 26.* P. Fab. *ad L. 23. de R. I. p. 139. et seq.* M. Ant. Delrio *ibid. p. 161. et seqq.* Cujac. 2. *Diff.* Modest. *ad L. 23. Depos.* Gœd. *ad L. 123. §. 1. de V. S. n. 1.* Arumæ *Inst. 15. Th. 10.*

xercenda unum fere negotium esse solet, non plura. Sed et cum illic dicitur in re mandata nun pecuniæ solum, sed et existimationis periculum esse: apparet dici de quovis mandatario, et procuratore: utpote in quo non litis, sed solum rei mandatæ ratio habeatur. Atque illic ita diserte definitur, aliena negotia exacto officio geri. Quod nihil aliud est quam exacta diligentia. Ea est autem, quæ a commodatario exigitur, quam eamdem, bonus et diligens paterfamilias suis rebus adhibet. *§. item is, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Atque hinc est, quod de negligentia omni præstanda in eadem lege subjicitur velut interpretationis loco his verbis: nec quidquam in eorum (negotiorum) administratione neglectum aut declinatum culpa vacuum est. Tenehimus igitur hanc sententiam, mandatarium et procuratorem in universa administratione sua omnem culpam non etiam casum fortuitum præstare debere.

XI. De æquitate et locis contrariis breviter respondeo. Traditur, in quibus negotiis debitoris utilitas non versatur, in his dolum solum, non etiam culpam a debitore præstari. Hoc ita est, nisi sit justa caussa, cur et culpam præstet. Ideo et in deposito, si quis se ei obtulerit, placet eum omnem culpam præstare. Idem et si id ut præstaret in se depositarius receperit. *L. 1. §. sæpe, §. si convenit. D. depos.* Et qui sine mandato negotia aliena gerenda suscepit, placet eum et culpam et dolum præstare debere. *L. qui negotia*, 11. *D. de neg. gest.* Scilicet quia et se gerendo obtulit, et industria sua fretus suscepit; sine quo culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. *L. culpa est, D. de regul. jur.* Hujusmodi caussa et mandatarium eidem obligationi subjicit. Quippe negotium aliquod gerendum suscipiens, quia geri quidquam sine industria et facultate gerendi non potest: ideo et hac ipsa industria ac facultate et profiteri et spondere intelligitur. Quæ et ratio (5) a Cyno et Dyno accepta vulgo recte redditur. Nihil est æquius, quam in bonæ fidei judicio id quod dictum est, præstari. *L. si quid venditor*, 18. *D. de ædil. ed.* Et cur qui se deposito obtulit, culpam præstat, nisi hac ipsa de caussa, quod se præ cæteris offerendo, de sua vigilantia, et diligenti custodia videtur polliceri? Dicitur nulli debere officium suum esse damnosum. Recte, nisi quis velit tibi esse damnosum, ut fieri in deposito jam ante diximus. At hoc vult, qui omnis culpæ periculum in se recipit. Quod is facit in mandato, qui de industria sua pollicetur. Dicitur in *L. 8. §. ult. mand.* teneri mandatarium, si dolo vel lata culpa executus mandatum non sit. Sed ibidem subjicitur paulo post eum non teneri, *si non intervenit dolus, nec culpa.* Dicitur in *L. si fidejussor, §. si cum debitor. mand.* fidejussorem qui postquam solvit, non nuntiavit debitori, si debitor postea solvat, fidejussoris detrimentum esse; quia hoc factum sit dolo proximum. Sed non recte ex eo colligitur, si quid culpa levi a mandatario peccatum sit, id ab eo non esse præstandum. Est enim in superiore ratione argumentum a majori, quasi dictum esset: non mirum, si hic fidejussoris damnum esse dicimus. Nam etsi culpa ab eo hic peccatum esset, teneretur tamen. Quanto magis tenebitur ob hoc factum, quod est (6) proximum dolo? Postremo quod dicitur in *L. idemque*, 10. in princ. *mand.* nihil amplius quam bonam fidem præstare eum oportere, qui procurat: etiam hoc ipsum confirmat, omnem qui procurat, non dolum tantum, sed ut culpam præstare debere; si modo verum est, quod posuimus, eum qui mandatum suscipit, de sua industria polliceri. Nihil enim ut ante dixi, magis convenit (7) bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari. *L. 1. D. de pact. L. ex empto*, in princ. *D. de act. empt. d. L. si quid venditor*. 18. *D. de ædil. edict.* Stet igitur hæc sententia, omnem culpam a procuratore quovis in mandati administratione præstandam, nisi quid aliud convenerit. Casum non præstandum, qui nec ullo alio judicio præstatur. *L. quæ fortuitis, C. de pign. act. L. contractus*, in fin. *D. de regul. jur.* Sed et hoc cum hac exceptione, nisi

(5) Et ita quasi ex conventione culpæ levissimæ nomine tenetur Cujac. *d. loc.* Don. noster *ad L.* 11. *C. h. n.* 43. Nam ut Cic. *pro Roscio*. Mandati violatio violat duas res sanctissimas, amicitiam et fidem. Idcirco qui res mandatas non modo malitiosius, sed etiam negligentius gesserit, admittit summum deducus. P. Fab. *d. loc.*

(6) Aliter Duar. *h. t. C.* 1. *f.* 1011. in *d. L.* 29. mandatum esse negotium quod industriam non requirit, fidejubere, ubi non locus regulæ de omni culpa præstanda, quia illius ratio cessat.

(7) Duar. *d. C.* 2. bonam fidem in *d. L.* 10. non opponi dolo, sed significare quod æquum est. Contra fidem enim facit qui negligentius, et Pac. 4. Q. 83.

mandatum susceptum sit hac conditione, ut res periculo ejus sit, qui mandatum suscepit. *L. et Aristoni*, 38. *D. mand.* Generaliter enim probandum est contractus ex conventione legem accipere. *d. L. contractus, de reg. jur. L.* 1. §. *si convenit, D. depos.*

CAP. XII.

Etiam mandatoris in mandato mutuam obligationem esse: Hujus unam hanc præstationem summam, ut mandato impleto, aut pro impleto habito præstet mandator mandatario, quod huic propter mandatum abest. Et hoc quid sit; seu quid hic primum a mandatario exigat; quid hoc subsecuto mandatori imponat.

Mandatoris illa præstatio: ut impleto, aut quasi impleto mandato, quod ea de caussa abest mandatario restituat, eumque præstet indemnem. Tria in ea præstatione. I.

1. *Mandati implementum. Hoc ex verbis et forma mandati æstimatur.* II.
Ex verbis, si detur, aut fiat quod mandatum est. III.
Dandi mandatum incertum quatenus impleatur. IV.
Ex forma, si ea fuerit diligentissime servata. V.

An qui mandati summam excessit, aut infra eam constitit, mandatum impleverit? Sabini et Proculi contraria opinione indicata, posterioris sententia præfertur. VI.
Quæ prioris indicatæ quæstionis partis definitio. VII.
Quæ rursus posterioris distinctione temperata derisio. VIII.

Mandatum pro impleto habetur ratihabitione, vel sine. Quæ modi posterioris exempla. IX.
Ratihabitione quomodo. Quid si illa inutilis; et quando talis. X. XI.
2. *Quod abest mandatario mandati caussa; quid et quatenus abesse quidquam intelligatur.* XII.

Mandati caussa abesse impendia et damna propter mandatum facta vel accepta. XIII.
Impendia rite facta restitui. Et quæ sint talia. XIV.
Item damna, sed quæ contigerint mandati caussa dumtaxat; et quæ ejusmodi. XV.
3. *Procuratoris indemnitas; et quatenus illa præstetur.* XVI.

I. Atque hæc mandatarii obligatio est. Est etiam contra sua obligatio mandatoris ex hoc contractu. In hac sunt ea, quæ vicissim mandator ei qui mandatum suscepit, præstare debet. Hujus autem obligationis præstatio una est. Ejus hæc summa: ut si quid mandatario propter mandatum abest, id omne mandato impleto, aut perinde habito quasi impletum esset, mandator illi reddat, eumque indemnem præstet. Sed multa continet hæc definitio, quæ sparsim scriptis veterum sub hoc titulo, inducantur verius, quam explicantur. De quibus ita liquebit, si partibus hujus definitionis propositis, quidunaquæque contineat, ordine cognoscemus. Complectitur autem hæc definitio in summa, hujus obligationis et præstationis caussam; tum rem quæ hic præstanda est. Caussam voco ea, quæ locum faciunt huic præstationi et petitioni mandatarii; seu quæ antecedere oportet, prius quam quidquam hic petere possit mandatarius a mandatore. Ea tria sunt. Primum, ut impletum sit mandatum, aut perinde habeatur quasi impletum esset. Proximum, ut mandatario quid absit. Tertium, ut absit propter mandatum.

II. Principio ita statuendum est, ut sit mandatario de eo quod ei abest, adversus mandatorem ulla actio, ante omnia mandatum impleri oportere. Mandato non impleto, nihil mandatario ex caussa mandati deberi nec habere eum, quod possit eo nomine cum mandatore agere. *L. si mandatu*, 45. in pr. *D. mand.* Is implet mandatum, qui id facit, quod mandatum est. Quod an ita factum sit, ex verbis et forma mandati æstimandum est.

III. Id enim mandatum est, quod verbis mandati continentur. Et omne mandatum in eo est, ut aut fiat quid, aut detur. Si ut quid fiat, mandatum sit, tum impletum mandatum intelligitur, cum id factum est, placetque exinde mandati actionem esse mandatario, quanvis nihil dum eo nomine dederit. Si ut detur, non prius videtur mandatum impletum, nec placet prius eum mandatore agi posse, quam mandatarius dederit, utcumque priusquam daret, obligarit se in eam summam. Utputa, mandavi tibi, ut

fundum mihi emeres, emisti. Ages mecum statim, etiam prius: quam pretium dederis: quia faciendi mandatum fuit: tu autem fecisti. Ages autem, ut suscipiam in me obligationem. *L. si mandatu*, 45. in pr. *D. mand.* Contra, si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris; nondum tibi actio est, nisi condemnatus fueris: scilicet quia mandatum fuit dandi; nondum autem dedisti, *ead. L. si mandatu*, 45. §. *sed si mandavero, mand.*

IV. Quid, si mandatum dandi sit incertum, puta de re aut summa in certa danda, cujus electio sit mandatarii? Id mandato contineri intelligitur, ut eam sive rem, sive summam eligat mandatarius, qua minima ad mandatum exsequendum defungi potest, quod mandatori commodum sit. Proinde cum id fecit, mandatum implevit, et hactenus mandati habet actionem. Qui secus facit, ultra id, quod minimum est, actionem non habet. Veluti, si quis pro eo spoponderit, qui ita promisit, si Stichum non dederis, centum millia dabis? et Stichum redemerit vilius, et solverit, ne centum millium stipulatio committeretur. Quo exemplo Paulus utitur in *d. L.* 45. Aut si fidejussor, qui sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spoponderat, quodvis triticum dederit, dum modo id, quo pessime se a stipulatore liberare potuit. *L. fidejussorem*, 52. *eod.*

V. Quæ cum ita sint, apparet eum mandatum non implere, qui aut nihil gerit, de quo constat: aut si quid, facit aliud, quam mandatum est. Nam aliud non est idem. *L.* 5. *D. mand.* Ideo placuit ei, qui aliud fecit, tanquam non impleto mandato non esse impensæ repetitionem. Veluti, si domum Sejanam emere rogatus, emerit Titianam, quanvis forte meliorem et minoris pretii. *d. L.* 5. in princ. *mand.* Idque est, quod aliis verbis definit Paulus in *ead. L.* 5. diligenter fines mandati (1) custodiendos esse: qui excessit, eum aliud quid facere videri.

VI. Quo jure posito, et generaliter recepto inter omnes veteres, cœpit quæri, quando videretur factum esse idem, aut aliud, ut hinc judicari posset de mandati actione. Constitutque dubitatio in hac specie, si quis cum rogatus esset quid facere ad certam, præscriptamque summam, fecerit quidem, sed ita, ut aut excederet eam summam, aut intra minorem consisteret. Veluti, si quis usque ad centum aureos mandaverit alicui, ut fundum emeret, vel pro Titio sponderet: et is emerit quidem eumdem fundum, sed pluris aut minoris: spoponderit pro Titio, sed in minorem, aut majorem summam. (2) Sabino et Cassio placebat, nullam ex hac caussa mandati actionem esse, ut refertur in §. *is qui*, *Instit. de mand.* Non dubium, quin ideo, quod putarent aliud factum esse, quam mandatum erat: proinde non id quod mandatum est. Nervæ et Proculo contra visum est ut plurimum in utramque partem esse actionem mandatario in eam summam, quæ in mandato inerat: hoc in *d.* §. *is qui*, *Inst. de mand. L.* 3. in fin. *juncta. L.* 4. *D. eod.* et recte, tamquam scilicet ad eam summam impleto mandato: quod ex subjectis exemplis postea patebit. Quæ et propterea sententia, ut benignior, obtinuit, ut refertur in supra scriptis locis.

VII. Sed quoniam dixi, hoc ita esse ut

(1) Vid. Agell. 1. *Noct.* 13. Mozz. *Col.* 4. *de Naturalib. n.* 6. *et seqq.* Tirsq. *Tr. de Judic. in reb. exig. fer.* vers. *octuagesimo septimo.* Cujac. 12. *Obs.* 34. ubi similem legem ex Tragedia Sophoclis refert. Et hanc licentiam transcendendi limites notavit Ovid. *Lib.* 1. *de Arte.* Inde Procurator nimium quoque multa procurat. Et sibi mandatis plura videnda putat. Sub specie amicitiæ, ait enim sic per amici nomen fallere frequens esse: mandatarii enim amici dicuntur *L.* 1. §. *ult. h. L.* 56. *de neg. gest. L.* 23. *de reb. auct. jud. L.* 1. *Quib. mod. pig.* Cic. *pro Rosc.* Nec quisquam, ait, fere mandat nisi amico. Quid si mandatum non sit finibus circumscriptum? Reducendum ad præsumptam mandantis voluntatem, ejusque utilitatem, nec quidvis agere licet, sed bona fides non definitum definit, per *L.* 35. *L.* 46. *L.* 60. §. *ult. h.* Vult. *in* §. 8. *I. h. t. num.* 2.

(2) Quos mera juris ratione niti vult Cujac. 12. *Obs.* 34. Quia enim sic excessit fines, mandator non habet actionem contra mandatarium rei recipiendæ caussa, etsi paratus sit superfluum, quod plus dedit, mandator, solvere; quia sola ratihabitio nihil agit, sed concurrat necesse est utriusque consensus. Utique nec mandatario debet actio dari contra mandatorem. Quare cum ex humanitate detur actio juxta Proculi sententiam, mandatario; dabitur et mandatori utilis actio ad rem recipiendam si ratum habeat etiam altero invito. Ita Cujac. Quæ vix probanda. Nam quin eo casu quo ratum habet mandator id in quo excessit procurator, fit actio contra mandatarium et quidem directa, puto nec Sabinum et Cassium dubitasse, quando scilicet, antea illius nomine et mandati implendi caussa gestum est. Neque tum deficit alterutrius consensus. Voluit enim mandato parere qui gessit, et in idem tempus ex vi ratihabitionis quæ retrotrahitur, concurrere censetur voluntas mandantis etiam rationi ejus, in quo fines mandati excessi sunt.

plurimum, id quale sit, explicandum est. De eo autem sic habendum: quoties procurator in specie propositam definitam summam excessit, toties in eam quæ mandato expressa est, habet actionem, et vice mutua de eo quod ex ea caussa ad eum pervenit, tenetur mandatori; ut puta, mandavi tibi, ut fundum centum emeres; emisti centum et viginti. Placet usque (3) ad statutum pretium saltem te acturum. *L.* 3. in fin. *L.* 4. *D. mand. d.* §. *is qui Inst. eod.* Quid ni vero usque ad pretium statutum? Nam et hactenus mandatum impletum est. Quippe de centum mandatum erat: et qui centum ac viginti impendit, eum certe verum est centum juxta mandatum impendisse. Quod amplius est, quia est extra mandatum inutiliter adjectum intelligendum est, ut quidem mandatori noceat. Non debet autem utile per inutile vitiari. *L.* 1. §. *pen. D. de verb. obl.* Ac faciamus, inutile istud omnino adjectum non esse. Hic nemo dubitet, quin omni ex parte impletum sit mandatum. Atqui jam effectum est, pro non adjecto id habendum. Quod tantumdem valet. Idem multo magis dubitaret, quin omni ex parte impletum esset mandatum. Idem multo diximus, si rogatus in certam summam fidejubere, in ampliorem fidejusseris. *d.* §. *is qui. de mand.*

VIII. Quod si mandatarius substiterit infra summam præscriptam, distinguendum est; ut si quidem sine incommodo mandatoris id fiat, mandatarius eatenus habeat actionem, quatenus impendit. Si non possit fieri sine mandatoris incommodo, in totum nulla sit actio mandatario, ne ad eam quidem summam, quæ impensa est, et mandato inerat. Exempla hæc sunt: Mandavi tibi, ut fidejuberes. Si in minorem summam te obligasti, nihilominus quasi expleto in eam summam mandato, et teneris mihi, et tu adversus me habes actionem. *L. rogatus*, 33. *D. mand.* At quomodo impleto mandato, cum id totum non perfeceris, quod mandaram? Quia cum mandavi, ut fidejuberes pro me in viginti, etiam mandavi, ut fidejuberes in decem: quoniam in viginti insunt bis decem, et generaliter in majori summa minor: ut est in *L.* 1. §. *pen. D. de verbor. oblig.* Ita qui fidejubet in decem, hactenus saltem implet mandatum, quia et de his velut separatim mandatum erat. Sed et hoc, quod quis pro me fidejubet in minorem summam, hactenus saltem mihi prodest; ultra vero nihil nocet, quia et sine ea fidejussione in reliquam partem non minus essem obligatus. Ut verisimile sit me de viginti mandando in singulas partes ejus summæ admisisse fidejussionem. Contra si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris: placet nihil hic de mandato impletum videri, ne in nonaginta quidem, ideoque si tu fundum tradideris, me nihilominus fundum petere posse, nec obstatoram mihi mandati exceptionem, nisi et (4) reliquum mihi quod deest mandatu meo, præstes, et indemnem me per omnia conserves. *L.* 5. §. 3. *D. mand.* Et recte. Nam si emptor postulat totum fundum suum fieri, interest mea, ne fiat ejus minore pretio, quam volui. Quod si is paratus sit pro portione pretii mandati partes fundi retinere, et pro eo quod deest, partem fundi mihi communem relinquere; hic multo magis interest mea, ne id fiat. Quia nec reliquam eam partem facile postea possum vendere: et periculosum est venire cum alio in communionem propter discordias, quas materia communionis solet excitare. *L. cum pater*, 77. §. *dulcissimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob caussam etiam nemo invitus ad eam communionem compellitur. *L. si non sortem*; §. *si centum*, *D. de cond. ind.*

IX. Interdum quamvis non impleto mandato agere potest mandatarius, sed tunc, cum perinde habetur mandatum quasi impletum esset. Quod fit alias sine ulla mandatoris ratihabitione, alias ratihabitione secuta. Etiam nulla ratihabitione mandantis interveniente, mandatum non impletum pro impleto habetur, cum mandatarius cœpit exsequi mandatum, et casu factum est, quominus perficeret. Veluti, si dum in itinere aliquid impenderit mandati exsequendi caussa, et in eo itinere decesserit: aut si missus ad fundum emendum a Titio, ideo non emerit, quia Titius nollet vendere: aut si misso eo ad vendendum nemo exsistat emptor. In quibus caussis placet nihilominus quod ante impensum erat, id mandatario aut heredi ejus præstari debere. *L. qui mutuam*, 56. §. *ult. D. mand.* Quasi scilicet mandato impleto, quod quominus impleretur, per mandatarium non stetit. Receptum

(3) Nunquid autem ad reliquum actio negotiorum gestorum? Negat Hopper. *Lib.* 5. *πιθανῶν pag.* 180. quia qui mandatum finibus certis circumcludit, reliqua, quæ extra fines istos posita prohibere videtur. Ergo per *L.* 40. *h. t. et simil.*

(4) Vid. Cujac. *in not.* 2. *sent.* Pauli 15. § *ult.*

ideo, ne quod damnum sentiat mandatarius propter mandatum.

X. Ratihabitio autem secuta ejus, ad quem res pertinet, de qua agitur, id efficit, ut quod mandatum impletum non est, semper pro impleto habeatur. Veluti, si rogatus, ut mihi domum Titianam emeres, tu aliam emeris, et ego ratam habeam. Plus dicimus, ratihabitionis hanc vim esse, ut quanvis cui nihil mandatum sit omnino, si tamen meo nomine quid fecerit, et ego ratum habeam, perinde id sit, quasi ego mandassem: neque id quovis modo, sed ut jam tum etiam videar mandasse, cum factum est, non ex quo tempore ratum habui. Utrumque significatur regula veterum, quæ in jus certum abiit, ratihabitionem mandato comparari: quæ regula multis locis constanter tradita est, ut *L. vero*, 12. in fin. *D. de solut. L. hoc jure*, §. 1. *D. de reg. jur. L.* 1. §. *quoties*. in fin. *D. de vi.* Additur amplius, ratihabitionem mandato ita comparari ut retro trahatur ad id tempus, quo res gesta est, quæ ratihabitione comprobatur. Confirmatum nominatim constitutione Justiniani in *L. ult. C. ad sen. Mac.*

XI. Sed monendi sumus hoc de utili ratihabitione dictum esse. Nam quæ inutilis est, nulla est. Neque vero potest ratihabitio dici mandato comparari, quæ non est. Accidit autem tribus in caussis, ut non valeat, vel potius ut nulla sit ratihabitio: totidemque modis fit, ne mandato comparetur. Accidit primum in servo herede instituto, hereditatem sine jussu domini adeunte. Placet hunc ita nihil agere, ut nec si dominus postea ratam aditionem habeat, ratihabitione ejus aditio confirmetur. *L.* 6. in pr. *L. si quis mihi bona*, 25. §. *jussum*, *D. de acq. her. L. servo*, 65. in princ. *D. ad Treb* nempe quia ea aditio nulla fuit. Ac cur nulla sit, ostendimus supra, cum de hereditate et bonorum possessione acquirenda ageremus. Idem evenit, cum quis suo nomine gestum tunc ratum habet, cum mandare non potest. Nam si ratihabitio nihil habet amplius, quam ut mandato comparetur, non potest utique ibi valere, ubi mandatum valere non potuit. Unde si quis bonorum possessione sibi delata, eademque ab alio ejus nomine recte petita, tunc petitionem ratam habeat, cum eam jam petere non potest, placet ratihabitionem nihil agere. *L. ult. D. rem rat. hab.* Sed et tunc ratihabitio nullius momenti est, cum quis comprobat id, quod gestum mutari non potest. Ejus est enim nolle, qui potest et velle, et contra *L.* 4. *L. si quis extraneus*, 21. §. 1. *D. de acq her.* Atque hinc est, quod placuit, eum patrem, cujus jussu filius, quem in potestate habet, viduam uxorem duxit ante finitum diem luctus, infamia notari: si autem nuptiis jam contractis ratum id factum habeat, non notari. *L. quid ergo* in pr. *D. de h's qui not. inf.* Cur enim notetur comprobando, qui rem etiam si vellet, mutare non potuit?

XII. Hæc de impleto mandato, eove quod pro impleto habeatur, satis. Secundum exigimus ad superiorem præstationem mandatoris, ut mandati caussa aliquid absit mandatario. Sumptum ex fine ejus obligationis qua mandator tenetur, quæ ut supra indicavi, eo spectat, ne quod damnum mandatarius propter mandatum patiatur. *L. ex mandato*, 20. *D. mand.* Est autem damnum, si quid mandatario absit de patrimonio. *L.* 3. *D. de mand inf.* Unde illud negatum in persona fidejussoris, illi mandati actionem competere liberato reo, nisi quid agenti absit, ac propterea quæsitum, quando abesse intelligatur pecunia fidejussori. *L. inter*, 26. §. *abesse*, *D. mand.* Abesse autem quid procuratori intelligitur, sive quid impendit, amisitve, sive alieno nomine se obligavit; illic pecunia, hic libertas, quæ necessitate solvendi suscepta, amissa est. Unde et utroque nomine agi potest. Ad quid, dicetur postea in extremo.

XIII. Non est satis procuratori quid abesse. Etiam propter mandatum, seu mandati caussa abesse oportet. Propter mandatum, et mandati caussa abesse intelligitur, cujus amittendi nulla alias caussa est, quam mandatum, cujus etiam caussa officium gerendi est susceptum. Nam et hoc modo describuntur ea, quæ dicuntur deposita tumultus, incendii, ruinæ, naufragi caussa. *L.* 1. §. 2. *D. depos.* Hujus generis in mandato sunt duo, impendia, et damna propter mandatum contingentia.

XIV. De impendiis ita placet, impendia et sumptus mandati exsequendi caussa factos, si bona fide facti sint, (5) restitui procuratori omnimodo debere. *L. si quis alicui* 27. §. *impendia. L. qui mutuam*, 56. §. *ult.*

(5) Item usuræ ejus pecuniæ, maxime si eam aliunde sumpsit mutuo, quam reperire non potuit sine usuris *L.* 1. *C. h. ubi* Don. *n.* 3. At usuræ non debentur sine conventione vel mora. Resp. Hic non præstantur ut usuræ, sed ut res principalis, ceu id quod mandatario abest.

D. mand. L. 4. *C. eod.* Exsequendi mandati caussa impendi intelligitur, quod ad id exsequendum impendere necesse est, seu quod ad id exsequendum impenditur necessario. Id autem est, sine quo mandatum impleri non potuit. Unde qui sumptus exsequendi mandati caussa facti dicuntur a Cajo in *d. L. si quis alicui*, §. *impendia*. Hi in eadem re dicuntur a Papiniano sumptus necessario facti in *d. L. qui mutuam*, §. *ult.* Bona fide factos, intelligere debemus, cum quantum minimum in rem mandatam impendere procurator potuit, tantum impendit, non amplius. Quod eo pertinet, ut si plus impendit, tanquam contra bonam fidem impensum non repetat: ut, si sine adjectione bonitatis triticum pro altero fidejussor spoponderit; placet cum non aliud triticum repetere posse, quam quo pessimo liberare se a stipulatore potuit propter electionem dandi jure illi tributam. *L. fidejussorem*, 52. *D. mand.* Sed ut quod minimum impendere procurator potuit, id impendat, satis est. Proinde si id fecerit, non erit ei fraudi, si is qui mandarat, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere vel propter gratiam, qua valebat, vel propter præsentes rerum commoditates, quibus procurator caruit, *d. L. si quis alicui*. 27. §. *impendia*, *mand.* Ut isto modo mandati exsequendi caussa impensum sit, solum exigimus, *d.* §. *impendia*. Quapropter quod ita impensum est, sive negotio finem imposuit procurator, sive ideo non imposuit, quia non posset, restitui oportet, *d. L. qui mutuam*, 26. §. *ult. mand.* Sed nec distinguemus, utiliter gestum fuerit, et ex animi domini sententia, an vero (6) inutiliter; dum ex mandato gestum sit, et bona fide, ut si procurator ad litem exercendam datus sumptus in litem necessarios fecerit, sed reportaverit contrariam sententiam. *Species L.* 4. *C. mand.*

XV. Damna quæ inter exsequendum mandatum contigerunt, non omnia præstanda sunt procuratori; sed ea solum, quæ et ipsa per caussam mandati contigerunt, non aliunde. Cujus generis species sunt duæ. Aut enim a re ex mandato commissa accidunt: aut extrinsecus in iis rebus, quæ mandati exsequendi caussa paratæ erant. A re ex mandato commissa, quæ accidunt, omnia præstanda, si mandator prævidere potuit; mandatarius ignoravit, neque est præmonitus ut caveret. Veluti, si mandatu meo aliquem susceperis domi tuæ, ut eum aleres, et cum scirem non esse admodum bonæ famæ, tu ignorares: ego te non monuerim, atque is tibi furtum fecerit. *L. inter*, 26. §. *pen. D. mand.* Extrinsecus contingentia ea solum præstanda esse placet, quæ contingunt in iis rebus, quas habuit procurator mandati exsequendi caussa, non aliter habiturus aut amissurus. Cætera quanvis in mandato exsequendo contingentia mandatori non imputari. Utputa, cui mandatum erat, ut fundum emeret, eo proficiscens ubi emere debuit, pecuniam secum sumpsit necessariam ad eam emptionem, et in itinere incidit in latrones, ubi non solum illam pecuniam amisit, sed et alia pleraque sua: aut languore suo suorumque correptus quædam erogavit. Dicemus nihil amplius ei præstari debere, quam eam pecuniam quam (7) mandati caussa impensurus erat: cætera magis casibus fortuitis, quam mandato imputanda. Hoc in *d. L. inter*, 26. §. *non omnia mand.* Et merito: quia solum propter mandatum dici potest pecunia amissa ea, quæ mandati caussa sumpta est.

XVI. Caussam tenemus præstationis ejus, quæ a mandatore est: in qua est tempus illud, eum mandatarius possit eum mandatore eo nomine agere. Quid hic mandator præstare debeat mandatario, quod secundum in superiore definitione erat, videamus. Et jam dixi id in hac parte, ut procurator indemnis præstetur. *L. ex mandato*, 20. in princip. *D. mand.* Proinde ut præstetur quod ei abest. *L. inter*, 26. §. *abesse*, *D. eod.* Et recte: est enim æquissimum ita in mandato suscipi officium gratuitum alieno nomine, ut tamen gerenti officium non sit damnosum, *d. L. si servus*, 60. §. *quod vero*, *D. de furt.* Sed id quod abest solum præstandum procuratori, nihil præterea. Meminerimus enim mandatum esse gratuitum. *L.* 1. in fin. *D. mand.* Quod eam vim habet, ut ne

(6) Nam hic mandatori non fit injuria, nec fraudatur qui consensit. Secus in negotiis gestis, quia ibi nulla gerendi caussa, nisi utilitas negotii. Consilium autem gerentia, quanvis bona fide et sedulo accesserit, non potest alteri esse damnosum *L.* 39. *de neg. gest.* Don. *ad d. L.* 4. *n.* 4. Non obstat *L.* 5. §. 6. *Jud. solvi.* Ideo enim ibi expensas litis non recipit fidejussor, quia jussus erat fidajubere non litigare, excessitque finea mandati per §. *præced.* Pac. 4. *Q.* 95. aliter Costal. *in L.* 10. *de neg. gest.*

(7) Hinc inferunt legatis quæ amiserunt in itinere equos etc. non esse restituenda de publico, ideoque suadent ut priusquam se in viam dent res ad profectionem necessarias de publico poscant, Mozz. *Col.* 4. *de Natural.* *n.* 25.

quid procurator pro opera tanquam mercedem operæ possit exigere. Quoniam autem supra quoque diximus procuratori abesse posse duo, quorum nomine cum mandatore agi possit; pecuniam propter mandatum impensam, amissamve; et libertatem obligatione suscepta infractam: hic jam quærendi locus est, quæ harum rerum nomine petitio sit ad mandatarii indemnitatem. Et pecunia, quæ abest, ipsa petitur. De obligatione, qua ex mandati caussa se obstrinxit procurator, ita agit. Petit, ut mandator eam in se suscipiat, ipse procurator liberetur. Sic enim præstatur indemnis, sublata ea necessitate solvendi, qua prius tenebatur. *d. L. si mandatu*, 45. in princ. §. *quoties mand.* Quod, si mandator in se non transferat obligationem, aut aliter mandatarium non liberet, nempe id fiet, quod in omnibus faciendi obligationibus, ut teneatur, condemneturve mandator in id, quod mandatarii interest. *L. si quis ab alio*, in pr. et fin. *D. de re jud.* *L. stipulationes non dividuntur*, ver. *Celsus*, *D. de verb. obligat.* Sed quid hic mandatarii interest, dicat aliquis, cum nondum ei quidquam absit de patrimonio? Dicimus id ei abesse videri, in quo obligatus est. *L. si quis mandatu*, 28. in fin. *D. de negot. gest.* scilicet, quia id præstare necesse habet ex definitione obligationis. *Inst. de obl.* ut jam perinde sit, quasi præstitisset, in quo per mandatorem stet, quominus liberetur.

CAP. XIII.

De fidejussore, qui mandatu alterius fidejussit, propria tractatio: in qua duo quæruntur: Primum, an priusquam solvat, agere possit cum mandatore, ut liberetur. Deinde an et tunc, cum solvit, statim habeat actionem.

Rerum nexus, et affinitas. I.

De repetitione ejus quod fidejussori abest quæstio duplex; et quæ. II.

Prioris illa definitio: fidejussor antequam solverit, aut satisfecerit, non potest agere mandati, ne eo quidem ut liberetur. III.

Contrariis occurritur. IV.

Excipiuntur justæ quædam caussæ, ex quibus et ante solutionem potest ille petere liberationem. Quinque hujus generis, et quæ. V. VI. VII. VIII. IX.

Posterioris hæc definitio: fidejussor, si pro debitore solverit et satisfecerit ita ut pecunia sibi isto nomine absit, recte aget adversus illum mandati, denuntiatione solutionis rite facta. X.

Primum *illud, si pro debitore solverit et satisfecerit tria habere* 1. *factum pro debitore. Quid istud, et quibus in rebus versetur.* XI.

2. *Factum pro debitore vere obligato.* XII.

Quibus vero de caussis reus non obligatur, si sciens fidejussor omissa pro reo defensione solvat, non repetit. Caussæ tres ejusmodi et quæ. XIII. XVII.

Fidejussor adversus exceptiones conventus aut monere debitorem debet ut judicium suscipiat, aut ipse litem persequi tamquam suam. XIV.

Ideoque exceptionibus uti reo competentibus, non propriis. XV. XIX.

Et illis ita, si non ad apices juris pertineant; et quæ hujusmodi. XVIII.

Item appellationem prosequi suis sumptibus, nisi justa caussa excuset, et quæ ista. XVI.

3. *Factum quod debitori liberationem afferat.* XX.

Secundum: *Si pecunia fidejussori absit isto nomine requirere pecuniæ damnum in fidejussore sive ista absit facto ipsius, aut extranei, aut creditoris.* XXI.

Facto ipsius quomodo. Quotuplex hic fidejussoris factum; et quale unumquodque. XXII.

An, debitore delegato qui non sit solvendo, recte mandati agat fidejussor, quasi ei absit pecunia. XXIII.

Facto extranei, si hic fidejussoris nomine solvat creditori, etiam hoc animo ut fidejussori donatum velit; et quomodo. XXIV.

Facto creditoris, si aliquo hujus facto, et beneficio liberetur fidejussor, tria id genus facta; et quæ. XXV.

1. *Translatio hereditatis in fidejussorem. Hæc quomodo liberationem adeoque mandati actionem fidejussori tribuat.* XXVI.

2. *Dotis permutatio. Hoc quale, et quatenus ex ea mandati actio fidejussori.* XXVII.

3. *Acceptilatio. Quid hæc; et qui hujus effectus. An omnis ex ea liberatio fidejussori actionem mandati afferat; et quæ hic habenda distinctio.* XXVIII.

Tertium: *Denuntiationem solutionis debitori faciendam. Et quæ fidejussori pœna si secus fecerit; et qua actione solutum repetat actione mandati denegata.* XXIX.

I. Ex his quæ de superiore obligatione mandatoris, ei jure mandatarii dicta sunt, nata quæstio est de jure fidejussoris in repetitione ejus, quod illi propter fidejussionem abest. Nam et hic ut plurimum ad fidejussionem accedit alterius mandatu, alias debitoris, alia extranei rogantis, ut pro debitore fidejubeat. Unde et quod fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi caussa habere eum mandati actionem scriptum est in §. *penult. Inst. de fid.* ut dubitari non possit, quin hæc fidejussoris præstatio ad obligationem mandati pertineat.

II. Quæritur igitur, quid de repetitione ejus servari oporteat: utrumne omnia secundum ea, quæ de hac parte obligationis mandati modo diximus: an potius aliquid sit hujus proprium. Quorum utrumque cum in repetitione fidejussoris parum sit expeditum, ideo hujus persona in hac parte pro-

prium tractatum desiderat. Ex quo tam multa de eo tractata legimus sub *Titulo mandati*, *D.* Est autem de eo duplex quæstio. Una, an et priusquam solvat, agere possit, ut liberetur. Altera, an et tunc cum solvit, statim habeat actionem, et quid in eo desideretur.

III. Quæ omnis fere quæstio est illa quidem in eo, quando fidejussor mandatum fidejussionis implesse videatur. Impleto enim mandato ex quo ei quid absit, consequens est superioribus eum mandati actionem habere: non impleto, aut non ita impleto, ut ei quid absit, nihil ei deberi. Sed hoc ipsum quando impletum sit, sive nondum solverit, sive solverit, dubitationem habet, neque una definitione certa continetur. Ac de eo, qui nundum solvit, primum consideremus. In quo regulariter ita traditum est, fidejussorem priusquam solverit, aut satisfecerit pro debitore, mandati adversus mandatorem agere non posse, ne ad hoc quidem, ut liberetur. *L. Lucius*, 38. in fin, *D. mand. L. si pro ea. C. eod.*

IV. Atqui ante posuimus procuratorem de eo, quod sibi abest, recte agere, impleto mandato. Cum autem faciendi mandatum fuit, etiam tunc mandatum impletum videri, cum id fecit, quod mandabatur. Hinc evenire, ut si ex ea caussa mandator se obligarit, ultro habeat actionem adversus mandatorem ut liberetur, quæ omnia indicantur in *L. si mandatu*, 45. in princ. et *§. quoties, D. mand.* Jam vero fidejussorem hoc ipso quod fidejubet, constat se obligare ex mandati caussa, et esse in eo, quod pariter illi absit. Et cur non etiam ex superiore definitione mandatum videatur implesse, simulatque se obligavit? faciendi enim tantum mandatum fuisse videtur cum ei mandatum est, ut fidejuberet. Id quod tunc videtur impletum, cum fidejussor pro alio se obligavit, ut omnes contractus recte dicuntur facti esse. *L. consilio, §. ult. D. de curat. fur.* Et recte dicitur in cæteris contractibus mandatis factum tantum contrahendi mandatum videri, ut re a mandatario juxta mandatum contracta, verum sit impletum esse, quod mandatum erat, atque hinc e se actionem. *d. L. si mandatu*, in pr. *mand.* Sed hoc habet præter cæteros contractus fidejussionis mandatum, ut qui de fidejubendo mandat alicui, videatur mandasse, ut suo nomine solveretur. Hoc Celsus in *L. indebitam*, 47. *D. de cond. ind.* Et recte. Non enim simpliciter petitur a fidejussore ut se obliget, sed nominatim ut se obliget pro debitore, ut est *Inst. de fidejus.* in pr. In quo nihil aliud petitur ab eo, quam ut personam totam debitoris in ea obligatione in se suscipiat. Est autem hæc persona debitoris, non solum ut sit obligatus, sed etiam (1) ut solvere debeat. Quare et hæc ipsa persona mandari ei, et mandata ab eo suscipi intelligitur. Quo efficitur, nisi solverit, non alia de caussa eum actionem non habere, quam quod mandatum nondum implevit.

V. Sed tamen non est perpetuum. Id ita temperandum esse placuit, nisi justa aliqua caussa intervenerit, quamobrem fidejussori concedatur etiam ante solutionem agere, ut liberetur. Hujus generis caussæ (2) quinque sunt; quatuor quidem receptæ sine controversia: de quinta dubitari potest; sed tamen et ipsa vera est, nec minus a nobis recipienda. Et ut a notioribus progrediamur ad magis dubias, prima caussa est, si fidejussor ab initio ita fidejussionem suscepit, ut posset debitorem et ante solutionem convenire. Expressa in *d. L. si pro ea, C. mand.* Hæc minorem dubitationem habet. Generaliter enim tenendum est contractus ex conventione legem accipere. *L. contractus, D. de reg. jur. L. 1. §. convenit. D. de pos.*

(1) Reddi potest et hæc ratio, quia alias vix profutura debitori mandanti fidejussio, si confestim ea interposita agi posset, ut liberetur fidejussor, id est, ut salvatur creditori. Alia ratio est emptionis *d. L.* 45. *in pr.* aliorumque contractuum. Prodest enim mandanti emptum esse fundum, suo nomine eo, pretio quo emi voluit, etsi ipsi pretium exsolvendum.

(2) Ita et noster *ad L.* 10. *C. h. t.* Sed quatuordecim casus refert Menoch. *Arbitr.* L. 41. quorum tamen quidam his inclusi, quidam regulæ non convenire videntur, exceptis casu quarto si ex necessaria vel utili, puta studiorum, caussa abesse velit fidejussor, et octavo in fidejussore, de judicio sistendo *L.* 45. §. 3. *h. t.* Sed Don. *ad d. L.* 10. *n.* 4. eum §. non de fidejussore judicio sisti loqui, sed de eo qui solus promisit, cum reus ipse non promiserit. Fidejussor enim promittit se stiturum reum, sed aliter ut est *in L.* 2. §. *ult. Qui sat. cog.* Alias inutilis fidejussio. Eadem enim obligatio fidejussoris esse debet, quæ principalis. At hic non promisit ut a fidejussore sisteretur, sed fore, ut se ipsum sisteret. Vid. et de his caussis Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 10. Gail. 2. *Obs.* 29. Beust. *in L. admonendi* 31. *de Jurei. n.* 234. *et seqq.* Coler. *de proc. exsec. P. I. C.* 10. *n.* 317. *et seqq.* Agitur autem ex his caussis, ad id ut debitor solvat, si nolit condemnatur ad interesse, Don. ad *d. L.* 10. *n.* 25. Tanti vero interest, quanti est summa, in qua fidejussor obligatus *L.* 28. *de neg. gest.*

VI. Secunda caussa est, si fidejussor conventus judicio (3) condemnatus est. Traditur in *d. L. si pro eo, C. mand. L. Lucius*, 38. in fin. *L. si mandatu*, 45. §. *sed si mandavero*, *C. eod.* Hæc caussa hanc rationem habet, quod etsi is, qui condemnatus est, non ideo magis solvit pecuniam, sed tantum obligatus est, ut solvat, ut ante, quo nomine etiam tenetur judicati: tamen inter priorem obligationem, quæ judicatum præcessit, et hanc judicati, qua post condemnationem teneri cœpit, ad vim solvendi hoc interest: quod ex priori caussa potuit debitor tergiversari, et solutionem differre ad judicium provocando, sed et condemnatus potuit appellare quamvis injuria. Condemnatus autem, qui non appellavit, statim necesse habet pecuniam solvere. Certe post tempora judicati præcise cogitur. *L.* 4. §. 1. *D. de re judic.* Intra autem judicati tempora nihilominus et jure ipso tenetur: etsi humanitatis caussa tempus illi indulgetur, solutionis, ut est in *L. cum militi*, in fin. *D. de compensat.* Hæc necessitas facit, ut qui jam non potest solutionem ullo prætextu differre, merito perinde habeatur, quasi jam solvisset. Nam etsi fidejussor consistat intra tempora judicati, non abs re tamen pudori ejus parcitur, si velit etiam id spatium antevertere, ne videatur aut litigiosus aut non habere unde solvat, aut creditori nocere velle.

VII. Tertia caussa est, si debitor bona sua (4) dilapidare cœperit, aut in alia, aut luxuriose vivendo, aut pecunias in exædificationes aut alias molitiones non necessarias profundendo. Tradita et hæc caussa diserte in *d. L. Lucius*, 38. in fin. *D. eod. d. L. si pro eo, C. eod.* Ejus ratio reddita. *d. L. si pro eo*, quia hæc res fidejussori justam metuendi caussam præbeat. Optima ratio et vera. Nam quod ad periculum attinet, quod hic metuitur, in promptu est. Facile enim fiet, ut debitor sua dissipando desinat solvendo esse. Hoc vero periculum et ad fidejussorem pertinet, si cogitur ante solvere, quam debitorem conveniat. Nam et ipse pecuniam solutam amiserit, quam non possit postea a debitore inope consequi. Hoc quæritur; an ei hoc periculum sit amovendum. Ratio superior efficit esse amovendum. Et recte: sic enim procurator mandatum exsequi debet, ne quid tamen propter officium suum damni sentiat. *d. L. ex mandato*, 20. in pr. *mand.* Quod cum illi in hac caussa præstandi non possit certo, nisi rebus integris occurritur, idest hoc illi tribuitur, ut et ante solutionem possit debitorem convenire: merito etiam hoc illi æquitate hujus judicii tribui placuit.

VIII. Quarta caussa est, si diu reus in solutione cessaverit. Expressa in *d. L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand.* Diu in usu juris accipimus non minus quam (5) decennio. *L. si cum fideicommissa*, §. *Ar sto*, *D. qui et a quib.* Habet hæc caussa camdem æquitatem, quam superior. Nam cum reus tamdiu cessaverit, periculum est, ne aut aliquid machinatus sit cum creditore in necem fidejussoris, quo scilicet totum onus obligationis derivetur in fidejussorem; aut jam nunc debitor non sit solvendo. Cur enim tot annos cessat solvere? non est temere.

IX. Quintam caussam adjiciemus superioribus, si (6) inimicitiæ capitales a debitore exortæ inter eum et fidejussorem intercedere cœperint, de qua caussa dubitari non oportet. Est enim hæc idonea, cur non cogatur fidejussor mandatum implere. *L. sane*, 23. *D. mand.* Proinde qui non cogatur pro inimico solvere, justa illi caussa est, cur possit et ante solutionem cum debitore agere, ut liberetur. Sed et inimicitiis hujusmodi intervenientibus, justam mes tuendi caussam habet fidejussoris, ne s solverit pro debitore, id non facile consei qui possit ab inimico, ut ante diximus. Quæ vel sola ratio idonea est, cui fidejussor etiam hoc casu possit debitorem convenire ante solutionem. *d. L. si pro eo*, *C. mand.*

(3) Et nihil ei cur condemnatus imputari potuit, per ea quæ infra *h. C.* Don. *ad d. L.* 10. *n.* 8. vid. Menoch. *Arb. Cas.* 41. *n.* 17. *et* 3. *seqq.*

(4) Vid. Menoch. *d. Cas.* 41. *n.* 13. *et* 3. *seqq.* Don. *ad d. L.* 10. *n.* 9. *et seq.* ubi scite quomodo hoc probandum sit, et Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Fama C.* 13. *n.* 8.

(5) Ita et noster *ad d. L.* 10. *n.* 14. *et seq.* reprobans Bartoli opinionem, qui biennium vel triennium requirit, et Accursius qui judicis arbitrio id definiri vult, quia non expressum, nec male ut et Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 10. Menoch. *Arbitr. C.* 41. *num.* 4.

(6) Ita et noster *ad d. L.* 10. *n.* 20. *et* 3. *seqq.* Bartolum *in d. L.* 38. et cordatiores, seu vocat interpretes secutus 1.° per *d. l.* 23. 2.° quia datur ob profusionem ex ea ratione, quia justa metuendi caussa *L.* 10. *C. h.* Quæ et hic est. Requirit autem 1.° Ut non sint leves. 2.° Ut earum caussa non nata sit a fidejussore, alias esset in potestate ejus ne solvere cogatur, adde ex Menoch. *d. Cas.* 41. *n.* 23. ne ex delicto conditionem meliorem reddat.

X. Ac de eo fidejussore dictum est, qui nondum solvit. De eo qui solvit, satisfecitve pro debitore videamus. In quo quæritur, quid solvendi et satisfaciendi verbo contineatur in hac specie, et numquid amplius desideretur a fidejussore, ut sit ei ex hac caussa adversus mandatorem actio. De quo sic habendum est, fidejussorem, si a supra scriptis caussis quinque discesserimus, ita demum adversus debitorem mandantem aliumve mandatorem mandati actionem habere, si pro debitore satisfecerit, atque hæc ad satisfactionem accesserint, ut et pecunia absit eo nomine fidejussori, et cum is solvit, denuntiaverit debitori, ne is iterum solvat.

XI. Ut pro debitore solverit, satisfecerit, exigimus, *d. L. si pro ea. C. mand. d. L. Lucius, D. mand.* Quo verbo tria continentur: ut quid fecerit fidejussor liberandi debitoris caussa; ut fecerit pro debitore obligato; ut eo facto debitorem liberavit. Omnis solutio et satisfactio facti est, comparata eo, ut debitor liberetur. De solutione quæ est naturalis rei debitæ præstatio, nun dubitatur. *L. solutam, D. de solution.* cujus vicem obtinet et pecuniæ obsignatio ac depositio invito creditore facta. Unde et hæc mandati actionem præstat fidejussori. *L. qui mutuam,* 56. §. 1. *mand.* Satisfactio quæ fit voluntate creditoris, *L. 1. D. qui satisd. cog.* et ipsa pro solutione est. *L. satisfactio D. de sol.* cujusmodi est, si fidejussor deleget creditori debitorem suum. Quo etiam facto statim consequitur fidejussor mandati actionem adversus debitorem. *L. inter,* 26. *D. mand.* Nec quidquam interest, utrum hæc præstet creditori fidejussor, an fidejussoris nomine alius. *L. si vero,* 12. in pr. *d. L. inter, §. si is qui mand.*

XII. Non est satis ad solutionem satisfactionemve aliquid conferre, aut facere liberandi debitoris caussa, nisi et ipse pro quo solvitur, vere sit debitor, ut dici possit solutum pro reo obligato. Non est enim solutio, nisi ejus, quod debetur, *Inst. quib. mod. toll. obl.* in pr. nec solvitur obligatione quisquam, nisi qui ante fuit obligatus.

XIII. Hinc placet, quot modis fit jure, ut reus pro quo fidejussor intercessit, non debeat; totidem modis evenire, ut fidejussor si sciens solvat, non repetat a debitore. Tribus autem modis id accidit. Uno, si jam ab initio quis non fuit obligatus, etsi putabatur; ubi et denegatur fidejussori solventi actio. *L. si fidejussor,* 29. §. *non male, D. mand.* Altero, si ab initio reus principalis obligatus solvit postea, ac nihilominus iterum fidejussor sciens solvit. Ubi et illi denegatur actio. *d. L. si fidejussor, §. si cum debitor.* Tertio, si reus et debuit ab initio, et necdum solvit, sed aliqua exceptione tutus est, puta pecuniæ non numeratæ, pacti conventi. Nihil enim interest, utrum quis ipso jure non debeat, an vero teneatur ea actione, quæ exceptione infirmetur. *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Quo fit ut si, omissa ejusmodi exceptione, sciens fidejussor ultro solvat, actionem mandati non habeat, *d. L. si fidejussor,* in prin. *mand.*

XIV. Quid ergo fiet, si fidejussor adversus has exceptiones conveniatur nihilominus? Est illius omnia facere, quibus consequatur, ne solvat. Ea sunt duo, si aut debitor monitus suscipiat actionem, aut fidejussor judicium non detrectans ipse utatur exceptionibus, et liter tanquam suam persequatur. Quam etiam ob caussam exigitur in hac specie a fidejussore horum alterutrum: ut aut ipse conveniat debitorem, desideretque, ut ipse suscipiat potius judicium vel pro suo vel procuratorio nomine; quod si fecit, secuturus est: *L. idemque,* 10. §. *pen. D. mand.* aut nisi hoc fit, suscipiat ipse caussam agendam, eamque bona fide ad extremum persequatur.

XV. In quo hoc exigitur ab illo non solum ut judicium suscipiat ab initio, et exceptionibus reo principali competentibus utatur: quod sine dubio facere cogitur, *d. L. si fidejussor,* in pr. *mand.* Nam et hæ fidejussori competunt. *L. exceptiones quæ, D. de except. L. ex persona, D. de fidejuss.* Sed etiam ut si exceptione usus nihilominus injuria judicis condemnatus sit, ipse appellet, et litem appellationis ut priorem suis sumptibus exsequatur. *d. L. si pro ea.* in fin. *C. mand. L. si procuratorem,* 8. §. *si ignorantes,* et §. *seq. D. eod.* Merito utrumque: fidejussoris enim caussa est, et exceptiones pariter fidejussoris, ut et debitoris. *d. L. ex persona de fidejus.*

XVI. Sic tamen placet eum damnatum appellare debere, nisi justa aliqua caussa excusetur. Hanc excusationem duæ res præstant, ejus denuntiatio, et paupertas. Denuntiatio, si in tempore ultro denuntiet debitori, ut ipse si videtur, appellet. Paupertas, si ea tenuitate sit fidejussor, ut sumptus litis appellationis ferre non possit. *L.* 8. §. *pen. mandat.* Quæ exceptio aperte confirmat id, quod ante posuimus, si fidejussor sumptum ferre possit per facultates, exigi ab eo, ut et appellet, et litem appellationis persequatur suis sumptibus.

XVII. Sed meminerimus quod diximus fidejussorem quovis modo pro reo non obligato solventem mandati actionem non habere, dictum esse de eo, qui sciens defensionem et exceptionem omisit. Si ignorans fecit, excusata est ejus ignorantia, nisi in jure erravit, *d. L. si fidejussor*, in pr. et §. 1. *mand.* Semper enim illuc redeundum est, nunquam in mandato debere procuratori damnosum esse officium suum, quod quidem sine culpa ejus fiat. *d. L. si servus*, §. *quod vero*, in fin. *D. de furt.*

XVIII. Sed et quasdam exceptiones quanvis reo competentes licet fidejussori contemnere, et si liquidum debitum sit, agnoscere bonam fidem, ut postea recte repetat a debitore, quod solvit. Hujusmodi exceptiones Ulpianus esse dicit, in quibus non de eo quæritur, an debitor sit, necne is, a quo petitur; sed de apicibus juris disputatur, *d. L. si fidejussor*, 29. §. *quædam*, *mand.* Ubi apices juris vocat rem ad formam et subtilitatem judicii pertinentem, qua omissa nihilominus idem vere debeatur, quod petitum est. Talis est exceptio procuratoria, quo exemplo Ulpianus ibidem utitur. Finge fidejussorem conveniri à procuratore creditoris, sed de mandato dubitari. Quo casu recte removetur procurator exceptione ex edicto, nisi satisdet dominum ratum habiturum. *L. servum*, §. *ait*, *D. de proc.* Si hic nihilominus vere procurator est, quod et postea constitit, et fidejussor ei solvit contempta ejusmodi exceptione procuratoria, jure solutum repetet. Idemque de omnibus aliis exceptionibus ex ritu et solemnitate judicii omissa nascentibus intelligendum est: ut si quis pro utili actione, quæ sola competit, directa experiatur: ubi nihilominus re vera utriusque eadem sit potestas. *L. antep. D. de neg. gest.* Has exceptiones, earumque disceptationem Ulpianus eleganter vocat de apicibus juris, metaphora ducta (7) ab apicibus literarum. Nam apices qui literis inscribuntur, aut subscribuntur, aut interponuntur, præterquam quod subtiles sunt, neque ita ut literæ emineant, faciunt etiam tantum aut ad ornatum, aut ad faciliorem cursum et intelligentiam scripturæ. Quod si omittantur, de sententia tamen et substantia scripturæ nihil mutant. Sic superiores exceptiones si objiciantur, judicium informant, et progressum rei gerendæ præstant. Verum omissæ nihil mutant de substantia debiti. Quod enim prius vere debebatur, semper verum est etiam nunc deberi, quanvis omissis illis exceptionibus.

XIX. Exigimus tantum, ut fidejussor solvat pro debitore obligato, non repetiturus, si pro eo, qui exceptione propria tutus non debebat. Proinde si pro eo qui vere obligatus erat, solvit, quanvis ex persona sua aliquam exceptionem haberet qua se tueri posset, nihilominus hac omissa solutum repetet. Hoc Ulpianus definit generaliter in *L. idemque*, 10. §. *pen. D. mand.* confirmat autem specialiter in eo fidejussore, qui cum solus tempore liberatus esset, tamen solvit creditori: quem ait recte mandati habere actionem adversus eum, in *d. L. si fidejussor*, 29. §. *ult. eod.* Finge hoc modo: fidejussor, qui ex stipulatione centum annua debebat. (Quæ obligatio et pura et perpetua est. §. *at si ita*, *Inst. de verb. obl.*) fidejussit in quinque annos. Post quinquennium nihilo-

(7) Pad. Fornez. 4. *Rer. Quotid.* 19 scribit omnes falli qui de apicibus juris putant esse quæ de rebus arduis et subtilibus. Et esse spinosam disputationem, qua res ad vivum resecetur; majore summi juris, quam æqui et boni habita ratione. Sed significari id quod de rebus contemnendis ac levibus, de quibus contendere hominis pervicacis. Cujus generis exceptiones Procuratoriæ, quæ differunt tantum, non caussam periment. Hoc esse in *d.* §. 4. *non congruit de apicibus disputare*, id est, non decet inanes dilationes et perfugia quærere. Alias apex tenuissimum punctum in scriptura. Atqui et apex fastigium rei significat Marius Nizol. *in Thesauro Ciceron.* Unde apex senectutis auctoritas, Cic. *de Senect. Sect.* 60. Et Joan. Episc. Rom. *in L.* 8. *C. de S. S. Eccl.* Serenitatis vestræ *apices* suscepimus, certe non contemptim loquens. Sicuti et συλλαβαί significant rescripta, Carol. Labæ. *in Obs. Synops. Basil. Lib.* 60. *Tit. de Calumniatoribus C.* 37. Et ita sacri apices pro litteris Imperatoriis, in *L.* 6. §. *ult. C. de advoc.* 2. *L.* 3. *in fin. pr. C. Ubi senat. vel. clar. L. pen. in fi. C. de emancip* Quin imo non est contra bonæ fidei opponere exceptionem procuratoriam quasi ea sit inane dilationum dispendium. Potest quippe quandoque maxime esse necessaria. Quid enim si falso Procuratori solverit fidejussor. Utique nulla illi mandati actio, quia debitorem non liberavit, sed tantum repetitio ab eo cui solvit. *L.* 26. §. 5. *h.* 1. Sed hoc bonæ fidei non congruit reum principalem qui vere liberatus, eo casu quo verus fuit Procurator, qui egit nec tamen mandatum Procuratorium exhibuit, repellere fidejussorem, mandati agentem, ob non objectam Procuratori exceptionem litis extrahendæ ergo. Atque ita malo quam cum Pacio 4. Q. 92. *d.* §. 4. restringere ad eam exceptionem, qua negatur idoneus esse Procurator ex gr. miles fœmina, quasi aliud sit in ea, qua negatur ipsi mandatum esse.

minus jure summo obligatus manet, quia obligatio tempore non finitur. Habet tamen pacti, vel doli mali exceptionem, qua effectu liberatur. *L. obligationum fere, vers. placet. D. de oblig. et act.* Dicimus, si in proposito liberatus tempore fidejussor, nempe post quinquennium, nihiluminus perseverarit pro debitore solvere, repetitionem eum habiturum mandati contrario judicio. Sed in hac specie consistendum non est. Idem dicemus, quæcumque alia erit (8) exceptio fidejussoris propria, qua contempta nihilominus solverit. Puta, si moratoriam præscriptionem impetrarit a principe; aut si pactus sit cum creditore, ne a se peteretur, *d. L. idemque §. pen.* Non objicietur hic dolus fidejussori, quasi contra bonam fidem solverit, quod poterat non solvere. Quod ubi fit, non potest sumptus a se factos repetere; ut qui per omnia in mandato bonam fidem præstare debeat. *L. si quis alicui*, 27. *§. impendia. L. qui mutuam*, 56. in fin. *L. idemque*. 10. in princ. *D. mand.* Omnia enim potius hic fidejussor facit ex bona fide et mandato. Nam mandatum ei erat, ut pro debitore obligato solveret. Nec quidquam magis ex bona fide et officio suscepto quæ in mandato exigitur, quam mandatum implere, *d. L. si quis alicui*, *§. qui mandatum, D. mandat.* Jam vero superioribus exceptionibus contemptis, quæ soli fidejussori competunt, si is solvat, nihiluminus vere pro debitore, eoque obligatio solvit, eumque liberat. Quare hoc modo maxime fidem implet: qua impleta æquissimum est et in hac specie mandati judicio recipere eum, quod solvit. Hæc Ulpiani ratio est adversus superiorem objectionem tacitam in *d. L. si fidejussor*, 29. *§. ult. mand.*

XX. Ne hoc quidem satis ad solutionem et satisfactionem, quam a fidejussore exigimus, præstare quid, et præstare pro reo obligato, nisi etiam ea præstatione debitorem liberet. *d. L. si fidejussor*, *§. ult.* Ductum, ut dixi, ex vi et significatione verbi. Est enim solutio liberationis primum et præcipuum genus, ut ubi nulla liberatio est, ibi nec ulla solutio possit intelligi. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. Potest autem priora facere fidejussor, ut tamen liberatio non sequatur. Quod ubi accidet, placet fidejussorem mandati actionem non habere. Veluti, si pro te hominem dare fidejussit, et alienum hominem stipulatori dedit. *L. Julianus*, 47. *§.* 1. *D. mandat.* aut si tanquam procuratori creditoris solvit, qui vere procurator non fuit. *L. inter*. 26 *§. mandatu. eod.* Nam nec solvitur, nisi quod perfecte fit accipientis. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem*, *D. de solution.* nec invito aut ignorante creditore alii solvendo se quisquam aut alium liberat. *L. invito*, *C. de solution.*

XXI. Atque hæc tria ut dixi, unum solutionis verbum in se continet. Sed ne hæc quidem si intervenerint, satis est ad mandati actionem præstandam procuratori. Secundum accedere debere diximus, ut eo nomine pecunia ei absit. Unde illa quæstio in hujus persona, quando fidejussori pecunia abesse intelligatur. *d. L. inter*, 26. *§. abesse. mand.* quæstio plane supervacua, nisi hoc ipsum ut absit, prius exigatur. Sumptum hoc ex eo, quod de hac præstatione supra posuimus, solum in ea id agi, ne quod damnum procurator ex mandato sentiat. *L. ex mandato*. 20. in princ. *D. mand.* non esse autem damnum, nisi cum quid abest, deminuiturve de patrimonio. *L.* 3. *D. de damn. inf.* Abesse pecunia fidejussori intelligitur, aut facto ipsius, aut extranei, aut creditoris.

XXII. Illi facto suo abesse intelligitur, cum aut solvit naturaliter depensa pecunia, aut tantumdem remisit vel creditori qui ei debebat, vel alii, quo creditori satisfieret. Proinde ex universo genere liberationum quatuor sunt fidejussoris facta, quibus cum se et debitorem liberarit, simul etiam ei intelligatur pecunia abesse: quorum etiam singulorum nomine propterea eum mandati actionem habere legimus. Solutio naturalis: *L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand.* Obligatio et depositio pecuniæ, cum non acciperetur oblata. *L. qui mutuam*, 56. *§.* 1. *D. eod.* Compensatio, cum creditor fidejussori tantumdem debet, ejusque compensatione fidejussor utitur, ut et creditorem a se, et se a fidejussore liberet. Nihil interest, utrum fidejussor nummos numeret creditori, an quos ab illo exigere poterat, eos illi remit-

(8) Item exc. SC. Vellei. *L. pen. ad Vellei.* Nec igitur distinguitur inter exceptionem honestam et inhonestam. Hæc enim uti et prior imo sunt honestæ. Nec obstat *d. L.* 10. *§. pen.* Resp. enim ex verbis qua reus uti non potuit: vid. Donel. *ad L.* 10. *C. h. n.* 64. *et seqq.* Distinctio hæc est. Ex persona sua quam habet fidejussor potest non objicere quæcunque sit. Quod si eandem et reus habeat, tum si inhonesta, impune omittitur, ut moratoriæ exceptiones contra jus tributæ *L.* 2. *C. de prec. Imp. off.* Item jurisjurandi, si juravit reus se nihil debere ex testamento, deinde id emisit. Facit *Quintus* 48. *in fin. h. t.* Aliter Cujac. 11. *Obs.* 40.

tat, eumque liberet. *d. L. inter*, §. *si is qui*, *mand.* Postremo delegatio, cum fidejussor aliquem debitorem suum delegat creditori. Quod genus ideo pro solutione nummorum est, quia et hic fidejussor debitum remittit debitori suo, quod remissum transfert in creditorem, cui se hic debitor novationis caussa obligat. Hæc species est. *d. L. inter*, §. *abesse*, *mand.* Et res dubitationem non habet, si debitor delegatus fuit solvendo. Recte enim dixeris abesse id fidejussori, quod ab illo consequi potuit, postquam ei remisit.

XXIII. At quid si debitor solvendo non fuit? dicemusne fidejussorem, qui hunc delegavit, statim agere posse mandati, quasi absit ei pecunia, quam ei debitori remisit? Nam quomodo abesse dicamus, quæ nulla fuit? nullam enim actionem habere videtur, cui propter inopiam debitoris inanis fuit actio. *L. nam is*, 6. *D. de dol.* Placuit tamen etiam hujusmodi debitore delegato, pecuniam videri abesse fidejussori, atque hinc mandati actionem illi nasci adversus debitorem. Hoc Paulus in *d.* §. *abesse*. Objectioni superiori tacitæ sic occurit. Est quidem adversus debitorem ipsum inanis actio, a quo propter inopiam consequi nihil possis. At idonea est actio, idoneus debitor creditori, cui solvitur, posteaquam is admisit debitorem.

XXIV. Facto extranei intelligitur pecunia abesse fidejussori, si quis nomine ejus eadem contulerit in creditorem, quæ a fidejussore collata ei actionem parere diximus. Proinde si quis extraneus nomine fidejussoris solverit creditori, non solum fidejussorem liberat, ubi ad liberationem debitoris nihil interest, ipse solvat, an ejus nomine alius: *Inst. quib. mod. toll. obl.* in princ. sed etiam quasi hæc ipsa pecunia ab illo profecta ei abesset, actionem mandati habet adversus debitorem. Usque adeo, ut quanvis extraneus hic hoc animo solverit, ut vellet donatum fidejussori, nihilominus placeat idem fidejussori tribuendum. *L. si vero*, 12. in pr. *D. mand.* At quomodo dicatur hoc casu abesse fidejussori pecunia, quæ nec unquam ejus fuit, et est in ea caussa, ut nec unquam quidquam porro ejus nomine fidejussori sit abfuturum? præsertim cum regula juris tradatur, non videri rem amittere cujus propria non fuit. *L. non videtur rem*, *D. de reg. jur.* Id vero fit hoc modo. Qui creditori solvit nomine fidejussoris, sive repetendi animo faciat, sive donandi, videtur prius pecuniam dedisse fidejussori, tum deinde fidejussor acceptam dedisse creditori suo. Nam hic ordo futurus erat rei gerendæ, si ea naturaliter gereretur. Hoc sic explicatur in *L.* 3. §. *ult. D. de don. int. vir. et ux.* Ergo etsi extraneus, cum creditorem fidejussoris haberet debitorem suum, eum liberaverit, dum fidejussori donare vult, dicemus continuo fidejussorem agere posse ad eamdem quantitatem: quia nihil interest, utrum nummos solvat creditori, an eum liberet. *d. L. inter*, §. *si is qui*, *D. mand.*

XXV. Facto creditoris abesse pecunia fidejussori intelligitur, quocumque facto aut beneficio creditoris liberatus sit fidejussor, dum ne sit liberatus donandi tantum caussa. Hujusmodi facta sunt: hereditatis in fidejussorem translatio; dotis cum eo permutatio, acceptilatio.

XXVI. Transferre intelligitur hereditatem in fidejussorem creditor, quoties fidejussor ei succedit. Sive enim institutus est fidejussor ab eo heres, sive ab intestato heres exsistit, utrobique hereditatem voluntate et beneficio ejus capere videtur. Nam et hoc casu videtur dedisse hereditatem, qui non ademit; quam adimere poterat alium heredem instituendo. *L.* 1. §. *pen. D. de leg.* 3. Hac successione liberatur confusione fidejussor tanquam solutione. Ideo simul et debitor. De quo postea suo loco. *L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de solut.* Placet vero etiam eam liberationem in caussa esse, ut fidejussor heres factus statim habeat mandati actionem. *L. si ei*, 11. *D. mand.* Nempe ideo, quia putatur et hoc casu illi pecunia abesse. Et recte. Nam absque hac confusione futurum erat, ut pecunia creditori debita ad eum qui heres est, perveniret, quam ideo habet, quia actio confusione illa et liberatione amissa est.

XXVII. Dotis permutatio est, cum mulier creditrix fidejussori suo nuptura fecit, ut pecuniam, quam ille ex fidejussoria caussa debebat, dotis nomine sibi haberet. Hujus conventionis hæc vis est, ut sive mulier pecuniam ex fidejussione debitam acceptam fecerit dotis constituendæ caussa, sive sola conventio intervenerit permutandæ obligationis gratia, continuo liberetur fidejussor ex fidejussoria caussa, et pecuniam doti habere incipiat. *L. promittendo*, §. 1. *L. si ei nuptura*, *D. de jur. dot.* Sed et ex hac liberatione placet secutis nuptiis confestim eum mandati agere posse, quasi absit ei eo nomine pecunia: quippe quia jam nunc pro ea dote matrimonii onera sustineat. Hoc in *L. Julianus*, 47. in pr. *D. mand.*

XXVIII. Acceptilationem (9) quia creditor fidejussori acceptum fecit, et ipsam maxime pro solutione esse et debitorem liberare constat. §. *item is. Inst. quib. mod. toll. obl.* Sed non omnis hujusmodi liberatio in fidejussorem collata ei tribuit mandati actionem, quia nec statim ex ea caussa illi pecunia abesse videtur. Interest, utrum creditor fidejussori acceptum ferat ea lege, ut fidejussor pro eo aliud præstet, an vero donandi caussa. Si ut fidejussor aliud præstet, et jam nunc præstat, tum illi videtur pecunia abesse, eoque et statim mandati agere poterit, exemplo ejus fidejussoris, cui quod ex fidejussoria caussa debebat, illi remissum est hac lege, ut doti haberet, et matrimonii onera sustineret. *d. L. Julianus, D. mand.* Si ei acceptolatum est donandi caussa, refert hic quoque, utrum remunerandi, an simpliciter donandi. Si ideo, quia fidejussorem remunerari voluit creditor, placet etiam hic habere eum mandati actionem. *L. idemque*, 10. §. *ult. mand.* nec injuria; quasi scilicet pro ea liberatione absit fidejussori id beneficium, quod ante in creditorem contulit, cui etiam creditor voluit hanc liberationem expensam ferri. Quo admisso, recte infert Ulpianus multo magis idem probandum esse, si mortis caussa accepto tulisset creditor fidejussori, aut ei liberationem legasset. *d. L. idemque* 10. in fin. *mand.* Nam præterquam quod ejusmodi donationes et legata ob meritum eorum in quos conferuntur, accedere solent. *L. nec adjecit, D. pro soc.* hoc amplius etiam habent, quod sunt supremæ voluntates, quæ præcipuo favore dignæ habentur. *L. 1. C. de sacros. eccl. L. vel negare, D. quem. test. ap.* Quod si non remunerandi caussa, sed simpliciter et principaliter donandi remisit creditor fidejussori actionem; placet eum mandati adversus debitorem non acturum. *L. si vero*, 12. *mand.* Contraria scilicet de caussa; quia etsi tum non minus et ipse et debitor ea remissione liberatur, tamen hic fidejussori nihil abfuit antea eo nomine, neque nunc abest, ut qui nihil præstet, neque vero etiam abfuturum est postea.

XXIX. Postremo ad repetitionem ejus, quod solvit fidejussor, est hoc in officio ejus, ut cum solverit, significat debitori se solvisse, ne forte is ignarus iterum solvat. Quod si illi non denuntietur, et ignarus iterum solverit, quod solvere eum non oportebat, placet fidejussori denegandam adversus eum actionem, ne debitor damno afficiatur. *L. si fidejussor*, 29. §. *si cum debitor. D. mand.* Sumptum ex eo, quod de sumptibus a procuratore factis supra posuimus, sumptus mandati exsequendi caussa factos ita repeti posse, si etiam bona fide facti sint. *L. si quis alicui*, 27. §. *impendia. L. qui mutuam*, 56. §. *ult. mand.* Aperte enim facit contra bonam fidem fidejussor, qui solutionis sumptum facit non monito debitore, ubi futurum sit, ut propter eam ignorantiam solutio fidejussoris nihil ei prosit, et ipse in damnum incidat. Ergo fidejussor hoc casu, quod solvit, a debitore eodemque mandatore non exiget, sed repetet a creditore indebiti condictione, quam reus ei cedere cogetur. *d. L. si fidejussor*, §. *si cum debitor*, in fin. *mand.* Fortasse et condictione sine caussa: qua condici potest, quod vel ex non justa caussa ad aliquem pervenit, vel rediit ad non justam caussam. *L. 1. in fin. D. de cond. si. caus.* Quale est, quod solutum est ei, qui postea idem accepit a debitore. Quo facto sublata fuit caussa, propter quam fidejussor teneretur.

(9) Quid igitur si creditor fassus sit se a fidejussore accepisse, nec aliunde solutio probari possit. Vulgo et hic actionem mandati dant, et probat Gomez. 2. *Resol.* 19. n. 13. Sed Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 28. n. 4. sic distinguit: Aut vere accepit et res expedita, aut non et vel fassus animo donandi fidejussori, et perinde habetur ac si solvisset per *d. L.* 10. §. *ult.* aut animo simulandi et nihil agitur, aut spe futuræ numerationis, et tum quia intra 30. dies confessio non nocet, interea mandati actio cessat, arg. *l.* 14. §. 2. *C. de non num. pec.* aut per errorem, et si confessio non nocet vel revocari potest, mandati actio non datur, ita Vasquez, in quo præsupponit si donare fidejussori voluerit creditor, (etsi non remunerari,) actionem mandati esse, quod noster per *L.* 12. *pr.* negat. Sane durius culum videtur quod donatio uni facta, ejusque intuitu, non illi, sed alteri prodesse debeat. Quare haud scio an non rectius *d. L.* 12. *pr.* exaudiatur de eo qui fidejussori remisit actionem, ut etiam principalem reum obligatione liberet, quod id innuat vocula *principaliter*, id est, habita ratione obligationis principalis potius, quam personæ fidejussoris. In quo tamen nil assevero.

CAP. XIV.

De actionibus Directa, et Contraria, non solum quæ ex mandato sint, sed etiam ex aliis omnibus contractibus.

Superiorum mandati præstationum obtinendarum caussa proditæ aptæ singulis actiones mandati directa, et contraria. I.

Cui directa, et cui rursus contraria. II.

Directa quid; et quare ita appellata. Directarum exempla. III.

Contraria, quid; et quare, cum adjuncto mandati ita dicta. Contrariarum exempla. IV.

Actiones hæ cur contrariæ nuncupatæ. V.

Quæ actionum mandati cum directæ tum contrariæ vis et effectus. VI.

I. Hæ sunt mandati præstationes tum a procuratore et mandatario iu his quæ mandatori debet, tum a mandatore in iis, quæ contra præstare debet mandatario. Quorum obtinendarum caussa singulis suæ actiones accomodatæ propositæ sunt, directa mandati, et mandati contraria, ut initio diximus, §. *ex quibusdam*, *Inst. de pæ. tem. litig.*

II. Directa ei qui mandavit, quæ et absolute dicitur mandati per excellentiam. *L. si procuratorem*. 8. §. *mandati*, *D. mand.* Contraria ei qui mandatum suscepit. *L. si vero*, 12. §. *contrario*, *D. eod.* Hinc inscriptio Tituli *D.* et *C.* in hæc verba, *Mandati vel contra.* Cujus hæc significatio est. De actione mandati directa, quæ proprie dicitur mandati, et de ea mandati, quæ contra, seu ex adverso proposita est, id est de mandati contraria. Eademque significatio est illarum inscriptionum, *Commodati, vel contra*; *Depositi, vel contra*; *De pigneratitia actione, vel contra.* Quarum appellationum origo et ratio hæc est.

III. Directa mandati, commodati, et quæ cum similibus adjunctis negotiorum directa dicitur, quæ eadem opponitur contrariæ, est ea, quæ recta et principaliter agit de eo, cujus actio esse dicitur. Ut directa mandati actio est, quæ recta persequitur mandatum, ut impleatur; quod fit, aut non impleti mandati damnum persequendo, aut impleti emulumentum tanquam procuratori ad restitutionem commissum repetendo. Idemque certius licet agnoscere in commodato, deposito, pigneratitia: in quibus directa commodati dicitur quæ repetit id ipsum cujus actio esse dicitur, nempe commodatum; depositi, quæ repetit depositum: pigneratitia, quæ pignus datum. Quod quia fit recta, seu directa ad ipsum petitione, ideo et directa actio alias dicitur recta, et rectum judicium, idem quod directum. Quomodo rectum judicium opponitur directo in *L. in rebus*, in fin. *D. commod.*

IV. Nihil hujusmodi in contraria actione: ut merito opponatur directæ, quo et ipso directa esse negetur. Nunquam enim contraria persequitur id quod dicitur. Contraria mandati non persequitur mandatum, ubi is agit, qui nihil mandavit. Non contraria commodati commodatum; non depositi contraria depositum; in quibus ii agunt, qui nec commodarunt, nec deposuerunt: et vero id quod sibi abest, quod totum est extra has caussas, isti persequuntur. Et tamen quæ ex mandato contraria est, dicitur mandati, alias cum adjuncto, mandati contraria; §. *ex quibusdam. Inst. de pæn. tem. litig.* alias etiam simpliciter, ut intelligatur contraria. *L. idemque.* 10. §. *penult.* §. *ult. L. si vero*, 12. in pr. *L. si fidejussor.* 29. *L. si mandatu*, 45. et passim. *D. mand.* Eademque appellatio tribuitur cæteris contrariis, ut quæ ex commodato est, dicatur contraria commodati; quæ ex deposito contraria depositi; interdum absolute commodati, depositi. Idemque licet observare in cæteris. *d.* §. *ex quibusdam*, *de pæn. tem. litig.* Cur ergo mandati, commodati, depositi, quæ nihil horum persequitur? Quia etsi non est recta de mandato, commodato, deposito: est tamen de his per consequentiam. Persequitur enim contraria quod abest iis quidem qui non mandarunt, commodarunt, deposuerunt: sed tamen quod abest per caussam mandati, commodati, depositi: ut id, quod principaliter hic agitur, eo spectet, ut sit mandatum, commodatum, depositum: his autem admissis per consequentiam id agatur, ut qui hæc recepit, cum in his gerendis tractandisve bonam fidem præstiterit, tum si quid inde damni fecit, præstetur indemnis. Unde et directa actio nonnunquam dicitur principalis in eo negotio, cujus nomine proponitur, et sub hac ipsa appellatione opponitur contrariæ, *L. in commodato*, §. 1. *D. commod.* Cur, nisi ut intelligatur, contrariam mandati, et similes non principaliter de manda-

to, et similibus negotiis, sed per consequentiam induci?

V. Dicuntur autem hæ actiones, quæ per consequentiam ita competunt; contrariæ, quia directis initio propositis ita sunt constitutæ, ut directis essent ex adverso, et earum vim velut reprimerent tan'umdem vice mutua exigendo. Ideo et de iis præstationibus, quas persequitur contraria actio, potest agi directo judicio, ut salvæ habeantur jure pensationis *L. in rebus*, *§. ult. commod.* Idque est, quod dicitur ab Ulpiano in *L. furti*, *§. ult. D. de his qui not. inf.* in contrariis judiciis de calculo agi, qui fere in judicio (intellige directo) solet dirimi. Calculus est, rat'o et computatio eorum, quæ absunt iis, qui directa actione tenentur. Dicuntur autem hæc in directo judicio dirimi, cum directe actioni opponitur ex hac caussa compensatio.

VI. Ut ad mandati actionem directam et contrariam redeam, harum actionum in mandato vis hæc est. Contraria nihil habet præter pecuniariam condemna'ionem ejus, quod procuratori abest. Directa mandati non tantum pecuniæ, sed etiam existimationis periculum continet, ut verba sunt *L. in re*, *C. mand.* id est mandati directa actione non solum damnatur reus, in id quod interest mandatoris, in quo pecuniæ damnum est, sed etiam damnatus sit infamis, ex edicto de his qui notantur infamia. *L. 4. D. de his qui not. infam.* Quod tamen non in hac solum actione, sed etiam in cæteris, quæ eodem edicto pariter notantur, sic accipiemus, si ob dolum et perfidiam is, cum quo agitur, damnatus sit, non item si ob culpam. Hæc distinctio diserte scripta est in tutore ut suspecto remoto, et ob id damnato tutelæ, in *L. suspectus autem remotus. Instit. de susp. tut.* Nihil dubii esse debet, quin in cæteris actionibus directis eodem edicto notatis, in quibus propemodum minus delictum versatur, quam in tutelæ actione, mutuo citius hanc eamdem distinctionem adhiberi oporteat. Id quod etiam satis aperte significatur in *d. L. furti*, *§. ult. D. de his qui not. inf.* cum contrario judi'io damnatus ideo dicitur non esse infamis, quia in contrariis judiciis de perfidia non agitur. Hoc enim hanc significationem habet, ut ubicunque de perfidia rei non agatur, ibi cesset infamia. Sed de toto genere infamiæ ejusque caussis dicetur postea in judiciis suo loco.

CAP. XV.

De societate. Quid sit: Duplicem esse; quandam rerum, alteram vitæ, in qua sunt nuptiæ. Rerum societas quæ, et quomodo contrahatur.

Societas quid. Duplex illa, et quæ. I.
Quid societas rerum. Partes singulæ definitionis explicatæ. II. et seqq.
Mutua rerum communio ad societatem necessaria; et quid consequens. III.
Communionem sive corporalium utrinque rerum, aut secus; sive universitatis, aut partis bonarum esse societatem. IV.
Si tamen non casu habita, sed tractatu prævio sit inita communio: et quando communionem efficit casus. V.
Qui societatis rerum finis. Triplex communio fini societatis contraria; et quæ. VI.
Quare lucri dumtaxat, non damni conferendi propositum societatem constituat. VII.
Nudo consensu contrahitur. VIII.
Interpretatio L. 4. in princ. D. pro soc. IX.

I. Societas est communio et conjonctio inter aliquos voluntate suscepta. Quod species hujus generis indicabunt. Societas duplex: quædam rerum, quædam vitæ. Quæ rerum est, ea in usu juris verbo generis appellator simpliciter societas. Hæc enim sola intelligitur in iis Titulis, qui inscribuntur *pro socio*, seu *de societate*; cum in *D.* et *C.* tum in *Institutionibus*. Vitæ societas est ea, quam uno verbo nuptias et matrimonium appellamus.

II. Rerum societas, quæ specialiter ita vocatur, sic recte definiatur, plurium rerum vel unius mutua (1) communio inter aliquos consensu suscepta lucri inde in commune faciendi gratia.

III. Societas communio est, seu conjun-

(1) Sed Cujac. *in Par. C. h. t.* Societatem non esse communionem, ast per eam induci communicationem lucri ac damni. Ipse loco generis ponit conventionem, ut et Duar. *h. t. C.* 1. Mozz. *de Societ. C.* 1. *n.* 4. Sed id genus remotius. Vult. *in pr. I. h. n.* 1. definit contractum ex consensu in.tum de fortunis et operis, ad uberiorem quæstum, ususque commodiorem inter se communicandis.

etio communionis caussa instituta. Unde communioni acquiri pro acquiri societati dictum in *L.* 3. §. 1. *D. pro soc.* Communio est mutua, cum inter duos utrinque quid in commune confertur. Et ita est societas istius omnis naturæ, ut nisi res inter aliquos invicem conferantur, nulla sit societas. Inde dictum donationis caussa societatem non contrahi. *L.* 5. in fin. *D. pro socio.* Scilicet quia donationis caussa contrahi intelligitur, cum placet alicui lucrum ex re sua factum alteri commune esse, ubi alter iste ad eam perceptionem neque ullam rem suam, neque operam conferat. Sic enim huic donator lucrum: quod argumentum est, ab eo in societatem nihil conferri. Atque hæc res est scilicet quæ societatem hic removet. Cum, ut dixi, nulla sit societas, ubi nulla intervenit rerum collatio, aut comunicatio mutua.

IV. Sane quæ res invicem conferantur inter aliquo, corporalesne utrinque; an illinc res, hinc opera; an vero etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest. Nam et inter duos artifices societas ita coiri potest, ut quod ex suis operis artificialibus quæstus fecerint, inter eos sit commune. *L. si non fuerint*, 29. *L. duo*, 71. *D. pro soc.* Ne illud quidem ad societatem ineundam refert, quantarum rerum communio instituatur. Nam et universorum bonorum societas contrahi potest, et partis bonorum potest et negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat. Sed potest et unius rei: veluti si res inter aliquos communis, consensu eorum exerceatur ad quæstum faciendum. *L.* 5. in princ. *L. rerum*, 63. *D. pro soc.*

V. Non omnis rerum communio societas est. Si qui casu in communionem inciderint, hæc non est societas; veluti, si duobus eadem res (2) legata sit; si duo pluresve heredes facti, inter quos res hereditariæ sunt communes ipso jure; si res a duobus simul empta simpliciter, nihil ut aperte convenerit inter eos de societate ineunda. *L. ut sit pro socio*, 31. et aliquot. seq. *D. pro soc.* Tunc rerum communio societas est. Cum omnino inter aliquos consensu, et ut loquitur Ulpianus, tractatu habito inita est. *d. L. ut sit pro socio*, in pr. et *L. nam cum. seq. pro soc.* Unde a Papiniano societas dicitur consortium voluntarium. *L. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*, *D. eod.* Atque in hoc numero rerum habetur ab Ulpiano res quæ a duobus pariter empta est in *L.* 2. *D. com. divid.* cum tamen idem huic emptioni societatem detrahat in *d. L. ut sit*, 31. *pro soc.* Sed quod ait in *d. L.* 2. *com. div.* in hac emptione rem cum societate communem esse, ipso auctore sir ex alio ejus loco interpretandum est, si (3) tractatu de societate habito res empta sit. *d. L. nam cum*, 32. *pro soc.* Ut intelligamus in hac emptione tunc societatem non esse, cum hic tractatus nominatim non intervenit, re scilicet simpliciter a duobus pariter empta.

VI. Nondum satis ad societatem. Finem susceptæ communionis hunc esse oportet, ut inde lucrum fiat in commune. Tribus autem modis contingere potest, ut res voluntate duorum communicentur, neque tamen communio hunc finem habeat. Ac totidem modis accidit ne societas. Uno, si materiæ dominorum voluntate eorum confusæ sint, ut massa una fieret. Fit hic quidem massa communis; sed quia non eo, ut inde lucrum fiat, non ideo ea communione contrahitur ulla societas. §. *si duorum*, *Inst. de rer. divis.* Altero modo, si, ut modo dixi, res a duobus simpliciter empta sit simul. *d. L. ut sit.* 31. *mand.* Tertio, si ita quidem sint res communicatæ inter aliquos, ut lucrum inde fiat: non tamen ut sit commune inter socios, sed damnum dumtaxat. Quomodo societatem coiri non posse placet, eaque est, quam Celsus societatem leoninam solebat appellare, ut est in *d. L. si non fuerint*, 29. §. *ult. pro soc.* sumptam a fabula de leone, asino, et vulpe.

VII. Cur non adjicimus, et damni communicandi: cum constet in societate ut lucrum, ita et damnum comunicari solere ex *ead. L. si non fuerint?* Id facimus duabus

(2) Quam DD. vocant societatem incidentem P. Nicol. Mozz. *de Societ.* C. 2. *de Divis. n.* 8. quia in communionem incidunt, quos non voluntas, sed fortuna jungit *L.* 31. *h.* t. Dicitur et voluntaria societas alio sensu *in L.* 63. §. 8. *h. t.* ut opponatur non incidenti huic, sed societati vectigalium, quæ ad heredes insit, et voluntaria fuit cum defuncto, necessaria cum herede, vid. Cujac. 10. *obs.* 25.

(3) Sed quando res a duobus simpliciter empta vel condicta eo ipso societatem contrahi, per *d. L.* 2. et per *L.* 2. *C. h.* t vult Baptista de Hieronymis *Cons.* 2. *subjecto Tract.* Mozzii *de Societ. n.* 34. Sane in *dd. LL.* nulla specialis conventionis mentio, quam utrobique subaudire divinatio est. Probabilius *d. L.* 31. ex verbis *non affectione societatis incidimus*, accipietur, quando aperte apparet de alia simul contrahentium intentione.

de caussis. Primum quod proposito contrahentium nunquam societas contrahitur inter aliquos alio animo, quam lucri faciendi. Qui si scirent damnum aliquod ex ea re certo futurum, nunquam societatem inirent. Deinde, quæ præcipua et certa ratio est, quia communicatio damni ad substantiam societatis non pertinet: at pertinet lucri communicatio. Nulla est enim societas, nisi quæ ita coita est, ut lucrum inter socios dividatur, ut diximus. At potest ita coiri, ut lucrum tantum sit commune, nullam autem partem damni alter ex sociis sentiat; quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut justum sit eos ista conditione in societatem admitti, *d. L. si non fuerint, pro soc. §. de illa, Inst. de soc.* Cur ergo partes damni æquæ, eum de his nihil convenit? *d. L. si non fuerint.* Per consequentiam lucri id fit, non principaliter. Quia damna lucro sunt adjuncta, ut in hujus contractus obligatione postea dicetur.

VIII. Cum de hac communione inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta est. Nec exspectamus, ut quidquam rerum conferatur, aut operæ, quo ex re secuta nascatur obligatio. Solo denique consensu societas contrahitur. *Inst. de obl. ex cons.* Ideo non diximus simpliciter societatem esse communionem rerum, sed communionem consensu susceptam, ut intelligeremus eam, de qua convenit ut esset, sive jam nunc rebus collatis in præsentia, sive postea, dum id agitur, ut res postea conferantur, cum res postulabit.

IX. Quid est igitur, quod dicit Paulus in *L. 4. D. pro soc.* societatem coire nos posse et re, et verbis, et per nuntium? Videri enim potest his verbis hoc dicere aliis modis societatem contrahi, quam consensu. Immo magis his verbis hoc ipsum exprimere voluit societatem contrahi consensu. Significat enim ita consensu contrahi, ut nihil intersit, quomodo hic consensus declaretur. Itaque contra non solum aperta conventione, quæ verbis exprimatur; sed etiam (4) tacita, quæ sine verbis re aliqua et facto declaretur. Id enim res significat, cum a verbis distinguitur, ut idem Paulus aperte probat, eum ita definit, hereditatem recusari, non solum verbis, sed etiam re, et alio quovis indicio voluntatis. *L. recusari, 95. D. de acq. her.* Neque aliter idem Paulus verbum rei usurpat in *L. 2. D. de pact.* Addit Paulus et per nuntium coiri societatem, ut declaret nihil interesse, utrum inter præsentes res geratur consensu, an vero inter absentes, per (5) nuntium scilicet, aut epistolam. Alias re contrahi obligatio, seu contractus re fieri dicitur, cum rem aliquam ad consensum accedere oportet prius, quam contrahatur obligatio, ut in mutuo, commodato, et similibus *Inst. quib. mod. re contrah. obl. L. 1. §. 1. D. de pact.* Sed hoc tunc fit, cum verbum rei ab omni consensu nudo distinguitur, ut cum dicitur obligatio contrahi aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu. *§. ult. Inst. de obl.* Sic enim intelligimus esse aliquam obligationem, ad quam contrahendam rei alicujus interventus desideretur præter consensum. Non sic rem accipi a Paulo in *d. L. 4. pro soc.* ex eo intelligi potest, quod non dicit societatem (6) re contrahi, sed contrahi posse. Significat enim his verbis rem non esse necessariam ad contrahendam societatem. Quod contra fit, cum dicitur obligatio re contrahi: ubi rem ad consensum accedere oportet. Unde in contractibus ejus generis dicitur obligatio non contrahi posse re, sed absolute re

(4) Omnium quoque bonorum societatem tacite contrahi si ex factis de consensu appareat, Fachio. 12. *Contr.* 14. contra Menoch. *Vol.* 1. *Cons.* 12. *n.* 10. citante Treutl. *P.* 1. *Disp.* 27. *Lib.* 8. *lit. F.* Asumæ. *ex Justin.* 15. *Th.* 1. quia tum simpliciter contracta. Ergo per ea quæ *C. seqq.*

(5) Sub conditione *L. pen. C. h.* licet de eo apud veteres (quosdam scilicet Paulus enim de eo non dubitavit *L. 1. pr. D. h.* nec Celsus *L. 75. h.*) dubitatum. Exinde quia societati mancipatio inest conditionem non recipit *L. 77. de R. I.* Fingitur enim ea intervenisse ad id ut bona communicentur, Cujac. *Par. C. h.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 10. *et seq.* ubi reprobat rationem dubitandi Gab. Mudæi. *ad L. 1. h. n.* 2. quod societas, jus fraternitatis, certo animi judicio iniri debeat; Conditio vero omnia faciat incerta. Quæ tamen ratio, meo judicio, elegans nec aspernanda, late Menoch. 3. *Præsumpt.* 56. Don. *in d. pen. n.* 1. dubium inde veteribus, quia videtur hic in potestate socii esse, an velit obligari. Pendente enim conditione poterit societati futuræ renunciari, cum et præsenti possit, quod in aliis contractibus non evenit. Ratio vero decidendi. Non debet in debitoris voluntate esse, an velit debere, expresse scilicet. Tacite potest, ut si promittat in. Si in Capitolium adscenderit. Nec vero in *d. L. 1. pr.* verba *vel sub conditione*, Tribonianus inseruerit, ut Hot. 7. *Obs.* 7. alias eidem quoque tota *L. 75. h. t.* tribuenda foret.

(6) Aliud est contractum re fieri, ubi necessitas interventus rei significatur, aliud re fieri posse, id est posse rem ad consensum accedere, vel ex re declarari consensum. Don. ad *Rub. C. Mand. n.* 2. Cujac. *in Par. C. h.* Mozz. *C.* 1. *n.* 2.

contrahi. Quæremus igitur, quo facto et indicio voluntatis intelligatur contrahi societas sine verbis. Dicemus id ita fieri, si qui quid simul (7) negotiati sint nullo contractu de societate habito, deinde cum lucri aliquid fecissent, id inter se ita diviserunt, ut commune esse vellent. Qui fecerunt, quod erat consequens societati, idem etiam, quod antecedit, id est ipsam societatem admiserunt. Simile legimus de venditione quæ domino ignorante facta cum esset, ab eo ipso tacite probata existimatur ob id tantum, quod is pretium ejus emptionis accepisset. *L. quidam*, 12. *D. de evict.*

(7) Ex cohabitatione et communione negotiationis præsumitur inter fratres Mozz. *Col.* 4. *de natural. n.* 37. late Menoch. 3. *Præsumpt.* 56. Non vero exinde quod indivisam hereditatem paternam aliquandiu retinent, tacite contracta societas *L.* 39. §. 3. *Fam. erc. L.* 52. §. 6. *h. t.* ubi Goth. *in not.* Menoch. *Arb. C.* 127. *n.* 15. Vaud. 1. *Q.* 16. *et* 2. *Q.* 36. Arumæ. *ex Justin.* 15. *Th.* 1.

CAP. XVI.

In societate rerum quæ lucri et damni communio sit inter socios: Quæ hujus communionis partes: Tum in hac communione pro potestate judicii *Pro socio*, quæ singulorum sociorum inter ipsos mutuæ præstationes.

Mutuas sociorum præstationes ex fine societatis æstimari. I.
Tractandarum rerum partitio et ordo. II.
Societatem contrahi aut omnium bonorum, aut unius certæ rei nominatim. III.
In illa venire in communionem bona omnia cum præsentia, tum futura, et undecunque quæsita. IV.
Nec corpora tantum, sed et actiones; et quid hæ, quo ad communionem attinet, differunt a rebus corporalibus. V.
Bona, quæ coeuntium propria statim sine traditione fieri sociorum communia; secus quæsita post soc etatem; et quare. VI.
Maleficio quæsita non veniunt in communionem: quid si et hæc sponte collata; et quæ consectaria. VII.
Superiora et ad eam, quæ est inter maritum et uxorem Gallorum moribus recepta, societatem pertinere. VIII.
Societatem contractam simpliciter *esse rerum dumtaxat, quæ ex quæstu proveniunt: et quæ sint ex quæstu, et quæ extra eam caussam*. IX.
Item rerum esse quæ ex eo dumtaxat quæstu proveniunt, cujus nomine contracta societas. X.
Impensas in rem societatis factas, et damna propter societatem accepta ab uno ex sociis ad omnes spectare. Exempla utriusque generis. XI. XII.
Sed et illa venire in communionem, si res sit de societate bonorum, quæ extra caussam societatis ab uno sociorum impensa honeste, et nulla ejus culpa amissa. XIII.
Filiæ ex alio etiam matrimonio susceptæ vi. t vel a marito, vel ab uxore debentur dos jure societatis, ab utroque præstanda apud Gallos XIV.
At illud non item, quod ex his alter seu vir, seu uxor in honorem liberorum contulit; et vel maleficio perdidit, aut culpa. XV.
Lucri et damni partes æquandæ inter socios; secus standum esse conventis; et quatenus. XVI.
An, et quatenus societas iniri possit ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servii sententia in L. 30. D. pro soc. *obscurior exponitur*. XVII.
Partibus inter socios distributis, an quidquid alter in socium ex impensa contulit, aut ex illius damno recepit; et illud erogonti liberationem præstet; et hoc in accipient s proprietatem cedat; et quatenus. XVIII.
Præstatio inter socios alia quæsitarum; quærendarum rerum alia. XIX.
Quæsitarum rerum fructus, et obventio, et omnis caussa in commune conferenda. XX.
Item omne damnum dolo vel culpa illatum præstandum, et quæ culpa ex proprio facto præstanda. XXI.
Quærendarum rerum nomine quod quis non acquisivit dolo, vel negligentia, præstandum. XXII.
Item sociis de eo cavendum, quod ad eum ex caussa societatis spes est perventurum. XXIII.
Est etiam præstatio damnorum in societate cum præsentium, tum futurorum, et quomodo illa sarcienda, et futurorum nomine cavendum. XXIV.

I. Contracta societas habet ipsa suam obligationem, et in hac obligatione mutuas inter socios præstationes, ex ratione æqui et boni jure definitas. Ac tales hæ sunt, quales finis contractæ societatis exigere visus est. Ita et de his, deque omni parte societatis ex hoc fine judicandum est.

II. Dixi supra societatem communionem esse susceptam inter aliquos lucri, ac propter lucrum damni inter ipsos communicandi gratia. Proinde omnis de societatis obligatione quæstio aut de rebus est et lucris, aut de damnis societatis communibus. De quibus ipsis ad efficiendam in his eam communicationem, quam in societate esse volumus, hæc tria ordine quæri necesse est. Primum quæ res et lucra, quæ item damna communia esse debeant inter socios. Deinde pro quibus partibus. Postremo quæ in hac communione mutuæ istæ sint sociorum pro potestate judicii præstationes. Et lucra ac commoda itemque damna inter socios commu-

nia debent esse ea, quæ ad caussam et rationem societatis pertinent, seu quæ ex societate contracta pendent. Quod hinc non pendent, sive damnum, sive lucrum, in communionem societatis non venit *L. cum duobus*, 52. §. *cum duo. L. pro socio.* 38 *L. sed nec*, 12. *D. pro soc.* Quæ lucra ad societatis caussam pertineant, seu quæ inde pendeant, ex genere societatis contractæ æstimandum est.

III. Contrahitur omnis (1) societas, aut nominatim et specialiter omnium bonorum; aut simpliciter, aut nominatim unius rei, puta certæ alicujus negotiationis, aut artificii, aut fundi in commune empti. Ut in his generibus non una et eadem conventio est: ita diversa in singulis conventio aliam atque aliam communionem inducit. Sententia cum verborum, tum contrahentium ita exigente.

IV. Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, apparet conventionem id efficere, ut omnia bona in societatem et communionem veniant, tam præsentia, quam futura. Et venire placuit, nec interest, unde ea aut qua ratione sint quæsita: utrum opera sociorum, an vero alieno beneficio, an etiam ob alienum delictum obtigerint. Opera sociorum; veluti si quid ex emptione, venditione, locatione, conductione, et similibus commerciis. De quo minus dubitationis est, cum et ex aliis societatibus hæc eadem in societatis rationem veniant. *L. coire*, 7. et seqq. *D. pro soc.* Alieno beneficio; veluti hereditates, legata, donationes in socios collatæ. Ob alienum delictum; veluti si quid socius ob injuriam sibi suisque factam, aut damnum sibi vel filii corpori datum consecutus sit. *L.* 1. §. 1. *L.* 3. §. 1. *L. cum duobus*, 52. §. *pen. L. si societatem*, 73. in princip. *D. eod.*

V. Et quæ in nominibus sunt, id est actiones ex persecutiones omnes sociorum, in eadem caussa habentur, *d. L.* 3. in princ. Quæ omnia recte responsa sunt a veteribus ex vi et significatione verbi. Nam bonorum appellatione omnia ad jus nostrum pertinentia, non tantum corpora, sed et actiones et persecutiones continentur. *L. bonorum*, *D. de verb. sign.* Nec tantum ea, quæ nunc sunt, sed et ea quæ postea futura sunt. *L. ult. C. quæ res pign. oblig. pos.* Tantum in hac rerum et bonorum communicatione hoc inter corpora, et actiones interest, quod corpora, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur. Ea vero quæ sunt in nominibus, seu actiones, manent in suo statu: sed actiones invicem præstare, id est cedere debent, ut traditur in *d. L.* 1. in fin. *L.* 3. in princ. *pro socio.* Ac sine cessione, non possunt quæ actiones unius fuerunt, ab aliis exerceri. *L. possessio*, 49. §. *ult. D. de acquir. possess.* Id facit actionum in personam natura: quæ ita cuique constitutæ sunt, ut tribuantur certæ personæ, nec personam egrediantur. Utputa actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo eum, cui aliquid ex empto aut vendito debebatur, societatem omnium bonorum cum aliquo contraxisse. Jus non patitur, ut hæc actio fiat socio communis. Quoniam (2) socius non est is, qui emit, aut vendidit. Sed cessa exerceri potest ab eo, cui cessa est: verum ex persona tantum ejus, qui mandavit, socio procuratore in rem suam constituto. *L. ult. C. quando fisc. vel privat. L. qui stipendia*, *C. de procur. L. emptor*, *C. de hered. vel act. vend.* Quod tamen totum de directis actionibus, et quæ creditori socio competebant suo nomine, intelligendum est. Nam utiles non dubito, quin socius possit suo nomine exercere, quamvis non mandatis et cessis a creditore socio actionibus; ut fit, quoties ex aliis justis placet inter aliquos, ut nomen quod est unius, transferatur ad alterum, puta nomine vendito, in solutum dato, aut legato. *L. emptor*, *L. ex nominis*, *C. de her. vel act. vend. L. ult. C. quand. fisc. vel pr. L. ex legato*, *C. de leg.* de quo postea suo loco dicetur.

VI. Sed et in communicatione corporum, quam in hac societate omnium bonorum, inesse volumus, hoc interest inter bona, quæ coeuntium sunt, et ea, quæ postea acquiruntur, quod quæ coeuntium sunt, ut loquitur Paulus, continuo communicantur, *L.* 1. §. 1. *D. pro socio.* Intelligit autem ea, quæ tunc sunt sociorum, cum societatem coeunt. Et quod dicit continuo communicari, hoc sentit, continuo singulorum sociorum fieri propria pro parte sine alia traditione. Nec

(1) Varias et perplures divisiones recenset Mozz. *de Societ. C.* 2. *de divisione.*

(2) Quia debitori invito alius creditor obtrudi nequit, Vult. *pr. l. h. t. n.* 13. Conn. 7. *Comm.* 13. *n.* 8. Licet, ait, quo ad socios, nominum et actionum societas consistat: quod debitores tamen nihil de statu et conditione obligationum mutatum est, qui nec dum mutarunt debitorem, nec igitur ab alio conveniri possunt, donec cessæ sint actiones. Quia nec formulæ actionum, et judiciorum id patiuntur, Duar. *h. t. C.* 1. Aliter, Goth. *in d. L.* 4. *pr.*

quisquam contrarium esse putet, quod traditio ad dominium transferendum jure exigitur. *L. traditionibus, C. de pact.* Nam et hic licet aperte traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire, ut subjicitur in *L. 2. D. eod.* Quasi scilicet socii in hac voluntate communicationis intelligantur, quod totum de suo possidebant, velle jam tum pro parte (3) nomine sociorum possidere. Porro qui alieno nomine possidet, constituit possessorem eum, cujus nomine possidet. *L. quod. meo.* in princip. *D. de acquirend. possess.* Ita hac voluntate quæritur possessio pro parte sociis: per possessionem autem semper dominium, ubi dominius est, qui possessionem hoc animo transtulit. *L. traditio. §. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his Inst. per quas pers. nob. acq.* At non item quæ postea acquiruntur, simul atque quæsita sunt, fiunt communia, sed ejus solum, qui quæsivit: verum societatis judicio cogitur, qui quæsivit, ea (4) communicare, ut est in *L. si quis societatem, 74. D. pro socio.* Unde in *L. si societatem, præced.* dicuntur ea quæ postea obvenerunt, in commune redigenda. Non rediguntur autem in commune, quæ jam ante sunt communia: uti nec potest nostrum amplius fieri; quod jam ante nostrum est. *§. sic itaque Inst. de act.* Differentiæ ratio est, quod postea quæsita, non possunt fieri aliorum sociorum, quibus ea tradita aut legata non sunt, nisi prius consistant in persona ejus, qui acquisivit, ut sic deinde ejus facta per eum transeant ad alios. At postquam ista ejus esse cœperunt, nulla nova conventio intervenit de his postea transferendis, neque porro possessionis translatio sine conventione, aut traditione nova intelligitur. Horum utrumque contra intervenit in bonis quæ communia fuerunt, cum postquam hæc singulorum essent, sequitur inter eos societatis coitio, ac per societatem communicandi ea, quæ habent, voluntas.

VII. Illa plane ne in societatem quidem omnium bonorum veniunt, quæ ex prohibitis caussis ad quemque sociorum pervenerunt: puta furto, vi, rapina, aut alio maleficio. Non solum quia rei turpis nulla societas est: *L. nec prætermittendum, 57. D. pro socio*, sed multo magis quia societas bonorum contracta est: maleficio autem quæsita non sunt in bonis ejus, qui quæsivit. Non enim habet de ea persequenda actionem: id quod est proprium eorum, quæ sunt in bonis. *L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.* Si tamen hæc sponte in medium collata sint, non illa quidem erunt communia; non enim id jus patitur, cum nec communicantis socii fuerint: sed tamen lucrum si quod ex ea pecunia redactum erit, fiet commune. Nec si socius qui contulit, velit ea de societate recipere, aliter id facere poterit, quam si de his fuerit condemnatus. Quo casu id quod contulit, de communi aufert, interdum solum, interdum cum pœna quam ipse luit. Solum, si insciente socio in societatis rationem hoc contulerit. Quod si sciente, etiam socium pœnam agnoscere oportet. Quæ tamen ipsa cum de lucro istarum rerum, tum de pœna ex medio auferenda sic accipienda sunt si ab initio honestæ et licitæ rei societas coita sit, ac deinde per occasionem ejus societatis aliquid maleficio partum in eam collatum. Cæterum si maleficii societas coita sit, placet rerum turpium nullam esse societatem. Hæc ad istam sententiam traduntur; in *L. cum duobus, 52. §. ult. cum LL. 5. seqq. L. pro soc.*

VIII. Hujusmodi societas omnium bonorum cum moribus fere totius Galliæ recepta sit inter (5) maritum et uxorem, nisi quid

(3) Et ita per clausulam constituti, ut vulgo Gomez. 2. *Resol.* 5. *n.* 3. Tiraq. *de Jure const. possess. P.* 2. *ampl.* 32. *n.* 6.

(4) Covar. 3. 19. *n.* 1. Quæ scilicet quæsita nomine proprio Tiraq. *d. loc. n.* 8. Interim igitur socius eas res efficaciter alienat; tanquam suas. Don. ad Rub. *C. h. t. n.* 14.

(5) Alibi tamen omnium omnino, alibi omnium mobilium et ex rebus soli stante matrimonio quæsitorum, de quo testantur, Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 20. *Gl. un. n.* 4. Baro *in §.* 1. *I. h. t.* Duar. *ad h. t. C. Ne ux. pro marito*. Cujac. 4. *ad Afric. in L.* 17. *§. ult. ad SC. Vell.* et in *C.* 1. 2. *et* 3. *C. de don. int. vir.* Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. *C.* 10. referens ea inter maritum et præmortuæ uxoris heredes, ac contra, dividi. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 13. Balduin. *ad LL. Romuli in L.* 13. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 19. *n.* 2. Renat. Chopp. *Lib.* 2. *de par. rust. P.* 2. *C.* 2. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 29. *in fin.* Quæ et in ducatu Slesvicensi omnium bonorum P. Cypræ. *de Sponsal. C.* 5. *§.* 14. *n.* 4. *et §.* 35. *n.* 5. *et de Matrim. C.* 8. *n.* 5. Apud Brugenses commune est quicquid illatum, aut hereditate, quæstu, labore vel donatione partum. Curt. 1. *Conject. ad Viv.* 1. et in pleraque Belgica Busius *ad L.* 3. *§.* 1. *h. t. n.* 2. Apud Hispanos omnia stante matrimonio quæsita, Gomez. 2. *in L. Tauri.* 50. *et* 3. *seqq.* Covar. *de Matrim. P.* 2. *C.* 7. *§.* 1. *n.* 7. *et seqq.* Alex. Rauden. *Decis. Pisana.* 1. *n.* 2. *et seq.* Iniqua tamen et inæqualis ista consuetudo, præsertim si mulier pecuniæ non plus conferat quam maritus. Operæ enim, laborum et industriæ ut tantum conferat rarissimum est. Costal. *ad L.* 1. *de don. inter vir.* leoninam eam vocans; et Sc. Gentil. *Lib.* 1. *de Don. int. vir. Cap.* 15.

dotali instrumento exceptum sit; intelligere debebimus superiora de hac quoque societate dicta esse. Nisi quod in his, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, dici potest hæc quoque inter eos continuo communia fieri, non expectata nova eorum communicatione: scilicet quia hic lex societatem et communionem aut inducit, aut ratam esse jubet. Cujus voluntate sola et imperio dominia transferri constat. Ut intelligere licet exemplo rei legatæ, cujus dominium recta transit a testatore ad legatarium, tantum ideo quod lex confirmat supremas voluntates, et quod quisque legassit, ita jus esse jubet. *L. a Titio*, *D. de furt. L. verbis*, *D. de verb. signif.*

IX. Alia caussa est societatis simpliciter contractæ. Sic appellatur in *L. coire*, 7. *D. pro socio*. Dicitur autem simpliciter contracta, in qua solum dicunt socii sibi placere, ut inter ipsos societas sit, nulla adjecta designatione rerum aut universorum, aut unius alicujus certæ, ex qua societas contrahere-tur. Hæc quia verbo generali societatis utitur, nec quidquam excipit, videbatur hoc exigere, ut omnium rerum, et bonorum societas contracta intelligeretur, *arg. in L. si servitus*, *D. de servit. urb. præd.* Sed sententia contrahentium aliter accepta est. Visum est enim, quia societas contrahitur lucri ex ea faciendi caussa, nisi quid fuerit distinctum, societatem ad hunc ipsum finem referri. Quamobrem et illud placuit societatem coitam videri universorum quidem, sed eorum solum quæ ex quæstu veniunt. Quæstum autem esse, si quid ex opera et negotiatione cujusque socii acquiratur. Cujusmodi sunt, quæ acquiruntur emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus et similibus commerciis. Extra hanc caussam esse (6) hereditates, legata, donationes, quæ cuique sociorum obtigerint. Et generaliter quidquid alieno beneficio aut ob alienam injuriam accesserit. Hoc in *d. L. coire*, 7. *et LL.* 6. seqq. *D. pro soc.*

X. Quod si societas unius alicujus rei nominatim contracta sit, hic duas ad res adstringitur societas; primum ut sit eorum tantum, quæ ex quæstu veniunt. Tum ut sit ex quæstu, qui ex ea caussa descendat. Quod ex alia caussa quæsitum est, constat id ad communionem non pertinere. *L. cum duobus*, 52. §. *cum duo*, *D. pro soc.*

XI. Ut lucra, ita non minus damna, quæ unus ex sociis passus est, aut in posterum metuit, in rationem societatis veniunt solum ea, quæ ad societatem pertinent, seu quæ ex societate pendent. *d. L. sed nec*, 12. *d. L. pro socio*. 38. *D. pro soc.* Itaque quæ huc pertineant, etiam hoc loco cognoscendum est. Et pertinent genera duo: impensæ in rem societatis ab uno ex sociis factæ; et damna aliunde propter societatem contingentia. Primum impensæ omnes in rem societatis ita factæ, ut his (7) melior societatis caussa fieret: veluti, si quid emit socius de suo nomine societatis, si agros communes coluit, si pavit armenta, si familiam ad societatis operas necessariam aluit. *d. L. pro socio*, 38. §. *ult. d. L. si unus*, 67. in pr. et §. *pen. pro soc.* Ex hoc genere impensæ est etiam omne æs alienum ab uno ex sociis contractum in communi negotio gerendo. Aut enim id de communi solvendum est, aut si ab uno solutum erit, is partem repetet a cæteris, sive manente adhuc societate, sive distracta solutum sit. Sed etsi nondum solutum sit, ipsa tamen summa, in quam se unus obligavit, in rationem societatis veniet, ut ea in commune agnita in commune dissolvatur. *L. omne*, 27. *L. sed nec æs*, 12. *d. L. si unus*, 67. in pr. *pro soc.*

XII. Alterum genus damni ad rationem societatis pertinens est eorum, quæ socio amissa in rem quidem societatis versa non sunt: sed tamen in re communi gerenda per caussam societatis ita amissa sunt, ut socius aliter non esset amissurus. Veluti, si negotiationis alicujus societate contracta, socius ejus societatis nomine ad merces comparandas profectus cum rebus ad eam profectionem et coemptionem necessariis, inciderit in latrones, ubi et pecuniam et res suas amiserit, ipse aut servi ejus vulnerati sint, in eamque curationem quid impenderit. In qua specie Juliani sententia est, quæ et probatur, damnum commune esse, quia propter societatem, et in negotio communi gerendo id factum est. *L. cum duobus*, 52. §. *quidam*, *D. pro soc.* Negatur id in *L. socium*, 60. *D. eod.* sed mox hæc sententia corrigitur, rediturque ad sententiam superiorem Juliani, nempe in *L. secundum*, proxime seq. *eod.* Sed ut damnum non solum propter societatem, sed etiam in negotio communi societatis gerendo contigerit, exigimus. Quod

(6) Quæ titulo oneroso quæsita, non quæ lucrativo. Et si societas occasio fit donationis. Ut si quis ex caussa societatis Principem accessit, qui illum muneratus est, Gomez. 2. *Resol.* 5. *n.* 4.

(7) Vid. Menoch. *de Arbitr. Casu* 127. P. Busius *in L.* 67. §. 2. *h. t. n.* 4. Jo. Petr. *de Alim. Tit.* 6. *Q.* 13.

si quid contigerit extra caussam societatis, idest dum negotium commune societatis non geritur; quantumvis evenerit per occasionem societatis, non tamen ex societate pendere videbitur, eoque nec cæteros socios attinget. Veluti, si quis suum socium instituere vellet, eum propter societatem ab eo contractam instituere desierit, aut quod legaturus erat, revocaverit. Apparet hæc quidem nata per occasionem societatis ab eo contractæ. Placet tamen nihil horum in medium venire, tanquam quæ sint extra caussam societatis. *d. L. socium*, 60. §. *ult. pro soc.* Merito: nihil enim in his susceptum est nomine societatis, propter quod hæc damna contingerent.

XIII. A'que hæc omnium societatum communia sunt. Est tam in lucris et commodis, quam in damnis quiddam proprium societatis omnium bonorum: quæ quia plus complectitur, eo et plura impendia ac damna facit communia inter socios. In quo hoc servatur, ut non tantum imputetur societati, quod socius in rem societatis impendit, aut propter societatem ei abest; sed etiam si quid extra caussam societatis suo nomine præstitit, quod quidem non culpa sua præstare necesse habuerit. Cujusmodi est, quod is seorsim habitans, aut aliquo necessario vel honeste proficiscens ad se et familiam honeste alendam, impendit, aut in quod se eo nomine obligavit; cujusmodi omne æs alienum jam ante societatem non turpiter contractum, quod is solvere coactus est. Quæ omnia dicimus exemplo ejus socii omnium bonorum, qui quid ob injuriarum actionem damnatus præstitit, cum injuria judicis damnatus esset. De quo scriptum est in *L. cum duobus*, 52. §. *ult. pro soc.* debere eum id damnum ex communi consequi. Et tamen id vere non debuit. Sed satis est, quod propter judicati auctoritatem id præstare necesse habuit, idque sine ullo maleficio aut culpa sua. Sed ut maleficium, et culpa ejus absit, exigimus. Cæterum si quid socius impenderit turpiter, aut ob maleficium suum, si quam obligationem ex prohibita caussa in se susceperit; non feret id damnum ex communi: sed solus id pati debet; veluti, si quid injuriarum actione jure damnatus præstiterit; si quid in alea, aut adulterio perdiderit. *d. L. cum duobus*, in fin. *L. adeo*, 55. §. *ult. D. pro soc.* Nec minus idem placet, etsi quid socius omnium bonorum præstiterit, aut qua in re se obligarit, cui præstationi non turpitudo aut maleficium ejus, sed culpa sola caussam dederit. Exemplo est is, qui cum in jus vocatus esset ex ea caussa, ex qua vere non debebat, ad judicium non adfuit, eoque absens condemnatus est. Quem et ipsum placet non debere id de communi consequi. *d. L. cum duobus*, in fin. Scilicet quia culpa ejus hoc damnum contigit, qui magis propter absentiam victus videtur, quamquam malam caussam haberet, ut est in *L. si ideo*, 55. *D. de evict.*

XIV. Quæ si in societate omnium bonorum de damnis et impendiis ab uno socio factis recte dicuntur: postquam ejusmodi societas moribus fere totius Galliæ contrahitur inter virum et uxorem, necesse est et hujus partis jus superius ad eam societatem pertinere. Ex quo de his quæ subjicio, de quibus sæpe quæri solet, poterit facile, et sine errore judicari. Maritus collocavit filiam, et dotem pro ea dedit, cum esset ejus solius filia ex priore matrimonio suscepta. Quorum erit hoc onus dotis? mariti solius, an amborum commune? Dicemus (8) commune esse, ut marito quandoque mortuo hujus erogationis partem uxor aut heredes ejus agnoscere debeant. Quippe pater præstare necesse habuit. Cujus officium est collocare et dotare filiam, ad quod et jure civili cogitur. *L. capite, D. de rit. nupt.* Præstandi autem necessitas ex honestissima caussa pietatis, et dotis, quæ etiam reipublicæ præstari existimatur. *L.* 1. *D. sol. matr.* Quid si idem fecerit in filia sua uxor, quam constat in potestate filiam non habere, et jure civili non similiter cogi ad dotem dandam? *d. L. capite, de rit. nupt.* Nihilominus idem dicemus. Non debet mater dotem filiæ jure civili. At debet naturæ pietatis jure, et quidem ita, ut ex hac caussa si mater dotem filiæ nomine solverit, dum

(8) Ita et noster ad *C. h. t. n.* 19. Menoch. *Cas.* 127. *n.* 3. hanc receptiorem, vocans opinionem, Fachin. 8. *Contr.* 4. Bapt. de Hieronymis in *Cons. Tract.* Mozzii *de societ.* subjecto, ex quo ut et ex *Cons.* Manentis Costæ (qui diss.) itid. Mozz. *Tr.* subjecto, et ex ipso Mozz. *Col.* 4. *de Natural. n.* 42. apparet rem banc magna contentione apud DD. agitari, ut fere nesciatur quæ sententia fit comprobatior, cum quævis a sectatoribus vocetur communis. Ipse Mozz' partes septem modis componere tentat, præferens eam distinctionem, ut si dos parva et magnæ sociorum facultates, obtineat affirmativa; sin magna, contra: quod judicii definiendum relinquit. Quæ distinctio vix congruit. Quæstio enim est de dote ex necessitate præstita pro modo facultatum. Sed affirmativam omnino probat *L.* 73. §. 1. *h. t.*

se obligatam putat, non repetat, tanquam debitam natura. *L. cum is*, §. *mulier*, *D. de cond. ind.* Natura qui debet, cum jure gentium dare oportet, ut est in *L. cum amplius*, §. *is natura*, *D. de reg. jur.* quod nihil aliud est, quam eum qui ita debet, officio honesti cogente, necesse habere præstare. In cæteris societatibus ad onus societatis non pertinet, dos quam socius pro filia promiserit aut dederit, nisi convenerit inter socios, ut de communi dos constitueretur. *L. si socius*, 81. *D. pro soc.*

XV. Quid, si maritus aut uxor in honorem liberorum aliquid contulerint, veluti ut honorificentius aut gratiosius inirent magistratum, aut lautior esset et splendidior apparatus nuptiarum? Quia non habuerunt necesse eos sumptus facere, dicemus unumquemque eos sumptus ferre de suo, non de communi sumere debere: nisi nominatim convenerit in societate contrahenda, ut quidquid erogaretur, (9) communis impendii esset. *L. si societatem*, 73. §. 1. *D. pro soc.* Quanto minus commune damnum erit inter maritum et uxorem, si quid unus ob maleficium suum perdiderit? Et ideo si maritus ob delictum damnatus erit, et pœnæ nomine certam summam fisco inferre jussus: mortuo eo, aut aliter soluto matrimonio, divisio bonorum inter mariti heredes, aut fiscum, et inter uxorem superstitem, uxorisve heredes ita institui debebit, ut dividantur bona, quæ constante matrimonio fuerunt, non deducta illa pœna, quam maritus luere debet. Quo deinde eorum bonorum partem dimidiam ferat uxor integram, nec illa pœna imminutam, quando hoc damnum uxor sentire non cogitur. Altera autem pars sic attribuatur marito, successorive ejus, ut ex ea parte pœna ab eo dependatur. Sic enim fiet, ut damnum, quod ex delicto mariti contigit, sit ejus proprium, non commune.

XVI. Jam de partibus societatis, quæ sint in ista lucri et damni communione de qua diximus, videamus. Non enim semper inter socios æquæ partes servantur, nec omnis conventio de partibus inæqualibus rata est. Et explicantur hic locus in *L. si non fuerint*, 29. *L. Mucius*, *seq. D. pro soc.* §. 1. *Inst. de soc.* Summa autem hæc est. Si non fuerint partes conventioni adjectæ, (10) æquas inter socios servari. Si quid aliud de partibus placuerit, omnem in eo conventionem (11) esse servandam: quo spectat disputatio §. 1. *Inst. eod.* Unam exceptionem hanc esse, nisi societas ita coita sit, ut alter lucrum solus, alter damnum totum, aut partem damni sentiret. Hoc modo societatem contractam nullius esse momenti. Esse enim leoninam societatem, ut Cassium jam ante dixi solitum esse appellare. *d. L. si non fuerint*, 29. §. *ult. pro soc.* Idque sumptum ex apologo de leone, asino, et vulpe. Unde et proverbium natum (12) *Leonina societas.* De

(9) Imo et hæc Mozz. *C. 2. de divis. n.* 10. vers. *quare infertur.* ubi et studioso filio unius socii ab omnibus sumptus subministrandos contendit, quod ipsum, et noster ad Rub. *C. h. n.* 18. admittit, si ante contractum initum filius studiis destinatus, quia, ait, negocia libere inchoata, necessario perficiuntur. Adde quod eo casu sociis imputari possit, quare si de eo teneri noluerunt, sibi non aperte caverint. Est certe hæc natura universalis societatis, vel appellatione ipsa innuente, ut quæcunque tum lucra tum impendia sint communia. Ergo et quæ in honorem liberorum, honeste tamen et decenter, non profuse, non dolose ac in fraudem sociorum, (bonæ enim fidei ratio semper hic habenda) erogata. Forte etiam post initam societatem natorum, quia cogitare debuit hoc evenire posse. Et ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio, neuter læditur *L. 2. C. de inof.* Denique cum quando libitum, liberum sit discedere, permanendo, in præsentem conditionem socii, et quæ ei consequentia sunt, consentit. Nec obstat *d. L.* 73. §. 1. Semper enim in societate universarum fortunarum ea, saltem tacita, conventio, ut quicquid erogetur vel quæreretur, communis lucri atque impendii sit.

(10) Servata tamen proportione Geometrica, Menoch. *Arb. Cas.* 125. habitu respectu ad inæqualem sortis sive bonorum collationem, diss. Hopp. *L.* 5. πιθανῶν *p.* 169. *et seq.*

(11) Et si ita ut partes æquales sint, cum res collatæ inæquales, Menoch. *d. C.* 125. *n.* 6. Sed Gomez. 2. *Res.* 5. *n.* 5. quando res collatæ æquales non valere pactum ut inæqualis fiat divisio, nisi unius opera vel industria major, cum inter fratres servanda sit æqualitas. Societas autem habet jus fraternitatis. Non autem vitiare hoc pactum contractum, sed vitiari, tanquam substantiæ illius repugnans, arg. *L.* 14. *pr. de precar.* Fluctuat hic Mozz. *Col.* 5. *de Accidental. num.* 4.

(12) Quia socius quasi leo prædo ac devorator est. Sic Lactant. *Lib.* 4. *Ins. C.* 20. *Facta est mihi hereditas sicut leo.* Ræv. *ad L.* 10. *de R. J. circa fin.* Male autem et contra ipsa *d.* §. *ult.* verba Gomez. 2. *Res. n.* 5. hic non contractum societatis nullum esse, sed conventionem solam adjectam vitiari, re ad æqualitatem reducta. Probe autem infert nihil agi si quis crediderit nummos ea lege, ut ex illa mutuo accipiens negotietur, et si lucretur habeat partem lucri, sin damnum sentiat pecunia ipsi salva sit, de quo fusius Covar. 3. *Resol.* 2. *n.* 3. *et* 4

quo Erasmus in *Chil* Sed etsi ita conveneril, ut unus partem lucri ferat, de damno non teneatur: placet quidem valere conventionem, sed ita demum, si tanti sit opera ejus, qui de damnu non tenetur, quanti damnum est: non aliter. *d. L. si non fuerint*, 29. *pro soc.* §. 1. in fin. *Inst. eod.*

XVII. De una specie etiam nunc ambigi potest, si societas ita coita sit, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Puta si Titius et Sejus inter se ita pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia. De hac specie varie referri videtur Servii sententia. In §. 2. *Institut. de soc.* Sic refertur, quasi ille adversus Mucii sententiam senserit eam pactionem ratam esse: quæ et sententia illic dicitur obtinuisse. In *L. Mucius*, 30. *D. pro soc.* Contra scriptum est, Servium in notis Mucii dicere, nec posse societatem ita contrahi: quasi sententiam Mucii aperte confirmet, non reprehendat. Et tamen hoc idem de Servio in extremo ejusdem responsi negari videtur. Res sic habet, Ut eodem tempore aliam partem lucri, aliam damni socius ferat, neque fieri natura, neque conventione utiliter potest. Nunquam enim eodem tempore potest ex eadem societate simul esse damnum et lucrum: quoniam ut est in ea *L. Mucius.* neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto: neque damnum, nisi omni deducto lucro. Quo fit, ut si deducto damno lucrum supersit, necesse sit solum hic lucrum esse quod non nisi illo deducto æstimatur: sin deducto lucro nihil supersit nisi damnum, jam appareat nihil hic esse, nisi damnum. Hoc modo si sensit Mucius non posse convenire, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat, recte sensit. Quod et Servius in notis affirmat. At ut diversis temporibus hæ partes damni et lucri fiant inter socios, hoc vero natura fieri posse Servius concedit, hoc modo: Convenit inter socios, ut unus duas partes lucri ferret, damni tertiam, alter contra. Natura hoc ita recte fit, si conventionem ita interpretamur, ut si deducto damno aliquid lucri superest, hujus lucri duæ partes ad priorem pertineant, ad alterum tertia. Contra si deducto omni lucro nihil superest nisi damnum, hujus damni unam partem prior ferat, alter duas. Hoc cum natura fieri possit, an item admittendum sit jure, quæsitum est. Etiam de hoc jure sensit Mucius, negavitque conventionem esse servandam, tanquam quæ sit contra naturam societatis. Hic vero dissensit Servius, et ratam conventionem esse habendam existimavit: eaque sententia est, quæ refertur in *d. L. Mucius, in extremo.* De eo autem effectu juris eum solum agertur in §. 2. *Inst. eod.* merito solum in hanc partem (13) Servii sententia relata est, ut qui in eo solum a Mucio dissenserit.

XVIII. Partibus societatis ita constitutis, facit hæc distributio, ut qui partem tantum debuit ei, qui quid impendit, non possit pro aliorum parte conveniri: et contra cui pars tantum debetur ab eo, qui damnum dedit, si partem ab eo exigat, is, eam partem propriam habeat, nec cogatur eam communicare aliis. Quod tamen ita est, si omnes sint solvendo. Quod si quidam non sint, recte placuit, et damnum in hac re et lucrum commune esse debere. Et ideo si cum tres socii essent, unus in rem communem quid impenderit puta triginta, et decem ab uno consequi non possit, placet quod ab eo servare non potest, hoc ad alterius tertii onus pertinere: non ut is teneatur pro altero, sed ut damnum quod is qui impendit, in hac parte patitur, sit commune jure societatis et communionis initæ. *L. si unus*, 67. in pr. *pro soc.* E converso si unus ex tribus damnum dederit rebus communibus, et ex duobus reliquis unus partem suam ab eo sit consecutus, deinde tertius cum eo agens partem consequi non possit, placet eum qui solidum consecutus est communicare debere hanc partem alteri, ut in hoc lucro sociorum portio exsæquetur. *L. verum*, 63. §. *si cum tres, D. pro soc.*

XIX. Restat tertium, ut positis his rebus, quæ ad communionem pertinent pro partibus inter socios constitutis, deinceps quæ sit in hac communione obligatio sociorum, quæ inter eos præstationes mutuæ cognoscamus. Et de rebus ac lucris societatis alias præstationes postulant res jam (14) quæsitæ, alias acquirendæ.

XX. De quæsitis præstationum species duæ. Una, ut quidquid ex rebus ad societatis caussam pertinentibus ad unum ex sociis pervenit, id in commune conferat, pro partibus societatis dividendum. Cujusmodi sunt hæc; si res ipsas communes apud se habeat: si fructus ex his rebus ceperit; si quod ei solutum sit æs alienum societatis. *L. pro socio*, 38. §. *ult. L. si unus*, 67. §. *si unus*, *D. pro soc.*

(13) Diss. Goth. *in not. d.* §. 2. emandando sententiam invertens.

(14) De fructibus rerum societatis, vid. Jo. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 1.

XXI. Altera est, ut si in his rebus quovis modo socius deteriorem fecerit caussam societatis, vel rem communem subtrahendo, vel celandi animo contrectando, vel damnum in ea re dando, id damnum omne sarciat sociis: non utique actione furti, aut ex lege Aquilia, quasi hic nullæ aliæ actiones competant, sed et pro socio actione jure societatis. *L. rei communis*, 45. *cum l.l.* 6. seq *L. si fundus*. 39. *L. de illo*, 23. *D. pro soc.* In quo placet socios inter se dolum et culpam præstare debere. Sic enim definitur in *L. cum duobus*, 52. §. 1. *pro socio.* Sed quam culpam hic accipere debeamus, diligenter videndum est. Non enim omnem præstat socius indistincte. Et siquidem culpa in faciendo est, omnem tam socius socio præstat etiam levem idest omne factum suum, quo læsa sit societas, etiamsi consueta in suis rebus imperitia, et ineuria peccarit. *L. et quidquid*, 21. *d. L. de illo*, 23. *eod.* Quod si culpa non in faciendo erit, sed in negligendo, ut peccet uno verbo negligentia, et desidia; sciamus etiam eum hujus culpæ nomine teneri, quod quibusdam locis diserte traditur, ut *L. non ob eam*, 25. *L. et ideo, seq.* Sed ita accipiendum; ut non majorem diligentiam hic ab eo exigamus, quam quanta suis rebus adhibere solet, scilicet ut re per negligentiam aut desidiam ejus amissa, non alterius negligentiæ nomine teneatur, quam latæ et dissolutæ, idest ejus, quam non admitteret in suis rebus. *L. socius*, 72. *D. eod.* §. *ult. Inst. de soc.* Quod cur placeat in societate potius, quam in cæteris contractibus bonæ fidei, in quibus utriusque contrahentium utilitas versatur, ratio reddita est in *d. L. socius, pro soc. et* §§. *ult. de soc.* Illud tenendum est, si quid casu perierit id socium non præstare, apud quem res erat. Usque adeo, ut placeat, ne sic quidem eum præstare, si res æstimatæ curandæ illi traditæ fuerint: tametsi adjiciatur eum hoc casu custodiam debere, ut quocumque modo res perierit, dum non fortuito casu, eo nomine sociis teneatur is, qui æstimatam acceperit: veluti si res perierit furto *L. cum duobus*, 52. §. *damna, D. pro soc.*

XXII. De acquirendis, quæ si quæsitæ essent, ad communionem societatis pertinerent, duæ item præstationum species. Una, si quid socius ex hoc genere rerum non acquisivit, dolo malo, aut negligentia, quod aliqui acquirere potuisset; id tanquam quæsitum præstet sociis pro ea parte, quæ ad illus ex societate redit. Veluti, si in societate omnium bonorum socio hereditas delata sit, aut legatum, et ille delatum repudiet. Vel non petita bonorum possessione negligentia sit exclusus: aut si in societate negotiationis certæ socius ad negotiationem exercendam adhibitus opportunitates rei bene gerendæ omiserit, solita lucra amiserit. *d. L. de illo*, 23. §. 1. *L. non ob eam*, 25. *L. et ideo, seq. pro soc.* Nec minus ad hanc partem pertinet, quod dicitur, socium socio desidiæ et negligentiæ nomine teneri. *d. L. socius*, 72. *pro soc. d.* §. *ult. Inst. de soc.* Non enim minus negligentia res delata amittuntur, quam quæsitæ pereunt.

XXIII. Altera species ad eas res pertinet, quæ nec quæsitæ sunt adhuc, neque adhuc acquiri possunt, sed spes est ad eum pervenire posse. De his hæc sociis obligatio est, ut si dum ea spes pendet, societas dissolvatur, caveat socius se quod ex ea caussa ad se pervenerit, cæteris pro portione restituturum. Veluti, si quid ex ratione societatis ei promissum sit sub conditione, et pendente conditione dirimatur societas. Suntque hæ cautiones, quibus dicitur judex pro socio prospicere debere sociis de futuro lucro pendente ex ea societate. *L. pro soc.* 38. in pr. *pro soc.* Nam et tales interponuntur de futuro damno, quod socius metuat ex eo, quod quid sub conditione promiserit, si pendente conditione societas dirimatur, ut mox dicetur. *L. omne*, 27. *eod.*

XXIV. De damnis, quæ (15) quisque socius ex societate passus est, aut pati potest, hæc societatis obligatio est, ut eum reliqui socii pro ea parte damni, quæ ad eos pertinet, indemnem præstare debeant. In quo ab his aliud præsentia damna et quæ jam contigerunt, aliud pendentia et futura exigunt. Præsentia et quæ antecesserunt, quæ quidem ad rationem societatis pertineant, reliqui sic agnoscere debent, ut pro portione sua sarciant. *L. pro socio*, 38. §. *ult. L. cum duobus*, 52. § *quidam*, *L. si unus*, 67. in princ. *et* §. *penult. D. pro socio.* De futuris et pendentibus quæ si incidissent, ad rationem societatis pertinerent, exigitur a reliquis cautio, dum societas dissolvitur, qua caveant,

(15) Computatio damni ut facienda inter socios, si unus pecuniam, alter operam contulerit, et num damnum fortis amissæ pertineat pro rata ad eum qui operam contulit (quod negatur si tanti opera quanti damnum) vid. Sich. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 5. Covar. 3. *Resol.* 2. *n.* 2. Fr. Munnoz. de Escobar. *Variar. computat. Cap.* 22. Arumæ. *Ex Justin.* 15. *Th.* 2.

si quid damni contigerit postea, se in eo socium indemnem præstaturos: cujusmodi est, si quid socius sub conditione se obligarit rem societatis gerens, et interim dirimatur societas. *L. omne*, 27. in fin. *d. L. si unus*, 67. in princip. *pro socio.* Suntque hæ cautiones quæ hic itidem ut in lucris, dicuntur in hoc judicio de damno ex societate pendente arbitrio judicis interponi debere. *d. L. pro socio*, 38. *pro socio.*

C A P. XVII.

Inter socios unam esse actionem, et eam utrinque directam. Pro socio, et cur dissimiliter duæ in cæteris contractibus superioribus. Quæ propria hujus actionis, et quam multis rebus differat ab actione, Communi dividundo, etiam tum, cum hac agitur de rebus ex societate communibus, aut de præstationibus personalibus.

Quare prodita actio pro socio; et cur una pro omnibus, et illa directa. I.
Actionum pro socio et communi dividundo *differentia triplex.* II.
In rebus. III.
In petitione. IV.
In judicii potestate atque exitu. V.
De personis, quæ quatenus facere possunt condemnantur, qui aptus dicendi locus. Et quid hic etiam animadversione dignum in socio. VI.

I. Rerum superiorum obtinendarum caussa constituta est sociis actio, quæ dicitur pro socio. *§. ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. litig. L. ut sit*, 31. *D. pro soc.* Unde in hoc genere contractus variæ inscriptiones Titulorum hujus argumenti: a contractu, *De societate* in *Institutionibus*; ab actione, Titulus *Pro socio D. et C.* Hæc actio istarum rerum nomine una est, eademque a quibuscumque sociis invicem exerceatur directa. *d. §. ex quibusdam, de pœn. tem. litig.* Aliter, atque in superioribus contractibus, in quibus duæ sunt actiones mutuæ inter contrahentes constitutæ. Quod fit uniuscujusque contractus natura ita exigente. Nam in superioribus illis, emptione, venditione, locatione, conductione, diversæ personæ sunt contrahentium, diversæ partes, et præstationes. Alius est enim venditor, alius emptor, alius locator, et alius conductor, neque idem singuli præstant. Hinc actiones cuique personæ convenientes attributæ; emptori ex empto, venditori ex vendito; locatori ex locato, conductori ex conducto. Idem licet observare in mandato et similibus, in quibus una actio directa dicitur, altera contraria, de quibus paulo ante a me dictum est. At in societate omnium sociorum una persona est, officium et obligatio eadem. Omnes enim pariter socii, et quod præstant, præstant omnes uno communi jure societatis. Atque ut hæc actio una est ab utraque parte sociorum de superioribus præstationibus: ita et sola, nec de his alia est actio.

II. Quid proprium habeat, quando habet pleraque, operæ pretium est cognoscere: vel eo magis quod actio Communi dividundo etiam de rebus communibus competit, quamvis ex societate sint communes. *L.* 2. *D. Com. divid.* Habet insuper et præstationes personales. *L.* 1. *D. eod.* Quorum utroque facile fieri potest ut similitudine decepti alteram pro altera accipiamus. Id autem ita vitari potest: si cognoverimus quæ sint utriusque actionis propria. Quæ ideo subjiciemus. Est ergo inter has actiones istarum rerum differentia, quod neque semper in his agitur de iisdem rebus: nec si quando de iisdem, unquam tamen agitur eodem modo: et quæcunque hic petitio est, agitur longe dissimili conventionis et condemnationis effectu. Ita differunt in summa hæ actiones rebus, petitione, et judicii exitu.

III. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est, nisi de re communi: ut si res communis nulla sit inter aliquos, sive quod nunquam fuerit, sive quod voluntate eorum a communione discessum sit, cesset judicium communi dividundo, non tantum de corpore ipso rei, quæ communis non est, sed etiam de personalibus præstationibus iis, quas hoc judicium admittit. *L.* 1. in fin. *L. si quis putans*, 6. in pr. *D. com. divid.* Præstationes illæ, quas dico, indicantur in *L.* 3, *D. eod. L. quibus*, 34. *D. pro soc.* Longe aliter actio pro socio. Hæc maxima ex parte non est de rebus communibus: sed aut de pecunia, vel de fructibus perceptis, quæ res natura sua divisæ sunt; aut de specie quidem aliqua indivisa, sed quæ unius tantum ex sociis sit, non communis, ut soli ei quæsita: de qua ideo id agatur, ut communicetur. *L. si societatem*, 73 *L. si quis societatem*, *seq.* *D. pro soc.* Sed

etsi agatur de re communi: nunquam tamen de ea sit actio pro socio, nisi res sit ex societate communis: cum actio communi dividundo de omnibus rebus communibus competat tam quæ ex societate, quam quæ citra societatem sint communes. *L. ut sit.* 31. et seqq. 2. *D. pro soc.* *L.* 2. *D. com. divid.* At saltem hoc inter istas actiones in rebus commune erit, quod ambæ de rebus ex societate communibus competant. Immo ne hae quidem in parte de iisdem rebus competere existimandæ sunt, si de communibus agitur ut de communibus. Etsi enim de re communi agatur, quæ sit apud unum ex sociis, ut agi potest, sive eam amoverit, sive eam celandi animo contrectet. *L. rei.* 45. *D. pro soc.* non tamen agitur ut de communi, quo dividatur scilicet, sed ut de re alia quavis ad societatis rationem pertinente, dum id agitur ut veniat in medium, constituturis postea sociis, quid de ea re fieri velint. Cæterum ut in re communi nunquam ad divisionem ejus rei agitur. Quod jam intelligetur ex petitione et fine utriusque actionis.

IV. Est vero petitio et finis utriusque longe dissimilis. Actio communi dividundo comparata est quidem de rebus communibus; sed eo, ut dividantur inter socios, atque his divisis a communione discedatur *L.* 1. *D. com. divid.* §. *quædam, Inst. de act.* eaque prima et principalis hujus actionis persecutio est, quam deinde sequuntur personales præstationes, de quibus ante diximus, alioqui sine communione rei una cum actione nullæ futuræ. *d. L.* 1. in fin. *com. divid.* Actio autem pro socio de personalibus præstationibus tantum est: de his non agi tanquam de communibus, ut ante dixi; quoniam rerum communium proprium hoc est, ut unusquisque dominorum partem in his persequatur: quam ut sibi propriam habeat, divisione rei consequitur. Esse autem actionem pro socio de personalibus præstationibus tantum extra divisionem positis ad divisionem autem non pertinere, declarat Ulpianus in *L. si actum*, 43. *pro soc.* qui aliis verbis eamdem sententiam exprimens ita scribit: *quoniam pro socio actio et nominum rationem habet, et adjudicationem non admittit.* Nomina dicuntur, quæ quisque personali actioni aliis debet. *L. servum filii*, §. *cum qui*, *D. de leg.* 1. *L. qui chirographum*, 59. *D. de leg.* 3. Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hanc actionem venire personales præstationes earum rerum, quas socium socio debere ante diximus. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adjudicationem, aperte significat non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ petatur judicio, esse potest sine adjudicatione aut partium a judice discretarum, quarum singulæ singulis adjudicantur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non potest, uni adjudicari solet. §. *eadem Inst. de off. jud.* Contra actio pro socio dicitur magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad communionem rerum divisionem: sic Paulus loquitur in *L.* 1. *D. com. divid.* Magis pertinere, elective dictum, non comparative, ut bene eo loco interpretatur Accursius, ut sit sententia, non debere hæc verba sic accipi, quasi diceretur actionem pro socio competere simul et ad personales præstationes et ad rerum communium divisionem; sed si hæc inter se comparentur, magis competere ad præstationes personales: verum hoc modo, ut si quæratur utrum actio pro socio pertineat ad horum capitum utrumque, an vero ad personales præstationes tantum, eligenda sit hæc sententia, seu magis dicendum sit ad personales præstationes pertinere. Eadem forma dictum in *L. si vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mand.* eum qui aliquem commendavit amico, non obligari mandati: quia commendandi magis hominis, quam mandandi caussa id fecerit. Ubi aperte constat non mandandi caussa quidquam factum, cum prius negasset Ulpianus mandati obligationem hic intervenire. Eodem modo dictum et illud a Paulo in *L. inter*, 26. §. *non omnia*, *D. mand.* quæ procurator impensurus non fuit, si in gerendo negotio amisit, ea mandatori non imputari. Nam hæc magis casibus, quam mandato imputanda. Ubi plane hoc sentit, hæc mandato non imputanda, quæ alioqui præstanda essent. Sed sunt hujusmodi orationes aliæ infinitæ, quæ passim sunt obviæ. Ex eadem ista caussa est, quod sublata rei communis divisione, dicitur cessare communi dividundo actio. *L.* 1, in fin. *com. divid.* Non enim potest institui rei communis divisio, ubi nulla res est communis. Contra actio pro socio de iis quæ manente societate contracta erant, etiam dirempta societate manet, ut si nondum soluta sunt, nunc præstentur. *L. omnë*, 27. *L. si unus*, 67. in pr. *pro soc.* Quippe in his ea petuntur, quæ quovis tempore præstari possunt: actionem autem de his semel palam jure perpetuam

fieri necesse est. *Inst. de perp. et temp. act.* in princ. cum in divisione rei communis petita id petitur, quod communione rei sublata præstari posse desiit.

V. Postremo quæcunque res sunt, quæ his judiciis recte petuntur, earum exitus et potestas longe est dissimilis. Discrimen duplex: unum in pecunia: alterum in damnati existimatione. In communi dividundo actione ubi tanquam inter socios de re communi non agitur, sed ut inter dominos rei communis, si de re pecuniaria agitur, socius partes suas ex divisione solidas accipit, et si uni res tota adjudicatur, ob rem solidam acceptam pars est etiam eum in solidam partis æstimationem socio condemnari. *d. §. eadem. Instit. de off. jud.* In actione autem pro socio, qua inter socios ut socios agitur, hoc beneficium socio tributum est cum multis aliis personis commune, ut in id solum quod facere potest condemnetur, aut condemnatus conveniatur. Qui locus in sociis explicatur fuse in *L. verum, 63. D. pro soc.*

VI De his autem et plerisque aliis personis tractatio est communis, qui sint, in id quod facere possunt, conveniantur, et quid hoc beneficio contineatur. Cui quæstioni locus est, cum agitur de re judicata. Tractatur in *L. qui sunt*, et seqq. *LL. D. de re jud. §. sunt præterea*, et seqq. 2. *Inst. de act.* Tantum circa hoc beneficium monendi sumus, sic socium in id quod facere potest, condemnari, ut tamen quod socius ab eo consequi non potuit, non illi semper pereat, sed si tres socii sint, possit id ab altero, qui solvendo est, pro rata consequi. De quo dixi in partium societatis distributione. Quod ad existimationem damnati attinet, etiam hoc plus est in judicio pro socio, quam in communi dividundo, quod ex eo pro socio damnatus fit infamis damnatus communi dividundo non item. *L. 1. D. de his qui not. inf.*

C A P. XVIII.

Nuptias societatis speciem esse. Antegressum in sponsalibus. De his obiter indicatum, unde jus ejus partis sumatur. De nuptiis tractatum ex professo. Nuptiæ quid sint; Qui vocentur, et earum appellationum origo.

Transitio ad Nuptias. Sponsalia quare prætermissa. I.

Nuptias ad societatis genus referri, et contractus formam tenere. II.

Nuptiæ quid sint. Quatenus a rerum societate differant. Harum per partes illustrata definitio. III.

Individua vitæ consuetudo quæ sit in nuptiis diserte exponitur. IV.

Nuptiæ pluribus appellatæ nominibus; et unde appellationes derivatæ. V.

Item personarum factorumque cujusque contrahentium appellatio distincta, et quatenus. VI.

I. Atque hæc societas rerum est: hæc ejus societatis obligatio: hæ præstationes, et præstationibus exigendis hæc actio proposita. Est societatis species altera, in qua societatem vitæ esse diximus: quam uno verbo nuptias, matrimonium, conjugium appellamus. De qua jam dicam: si prius monuero, more publico fere usurpatum esse, ut nuptias inter conjuges futuros præcedant sponsalia, id est futurarum nuptiarum mentio et repromissio, sic enim definiuntur in *L. D. de spons.* Sed ejus partis tractationem me hic omittere consulto. Sive quod ejus juris cognitio paucis admodum præceptis continetur, et his cum nuptiis magna ex parte communibus, quæ non difficile sit ex Titulo brevi de sponsalibus *D.* et *C.* percipere. Sive quod de sponsalibus ea brevitate et perspicuitate pene innata, ea etiam, ut quidem ego sentio, doctrinæ veritate scripsit In hoc argumento Duarenus ille noster, ut non si hunc locum pluribus persequi studeam, cupiam non dico alia sententia, sed etiam aliis verbis de eo scribere. Quare ne necesse sit nos hunc transcribere, quod ex ejus scriptis rectius sumi potest, ad nuptias, de qua specie præcipue nunc agitur, statim accedam.

II. Sunt vero nuptiæ, ut cœpi dicere, societatis ejus, de qua institutus est sermo, vere species. Neque id solum, sed species societatis arctissimæ præter cæteras: sed hic statim nobis occurritur. Nam si hoc ita est, simul et de nuptiis hæc suscipi oportet, nuptias esse contractum: et contractum, qui consensu fiat, et in hoc genere referri ad societatem. Hæc enim omnia de societatis specie dici necesse est; cum societas sit contractus, et is qui consensu consistat, et non possit dici species societatis, nisi quæ et ipsa societas. Atqui de his plerique dubitant: sunt etiam qui constanter negent. Nos igitur hæc ita esse levi opera initio doceamus,

ne quis forte jam a principio in divisione societatis instituta, et in loco huic tractationi de nuptiis attributo judicium in nubis, et docendi metodum requirat. Aio nuptias esse contractum. Quidni vero ita dicantur? Nam et nuptiæ dicuntur contrahi *Inst. de nupt.* in pr. Quod si et contrahi dicitur societas, unde et contractus esse intelligitur: *L.* 5. in pr. et fin. *L. qui admittitur*, 19. *L. si quis societatem*, 74. *D. pro soc.* dubitabimus et nuptias ex eo contractum esse dicere, cum ipsæ similiter contrahi dicantur? Conjugata hæc sunt, contractus, et contrahere, ut necesse sit, in qua re, quæ consensu geratur, inest contrahendi verbum, in ea et contractum inesse. Jam ut nuptiæ sunt contractus, ita est et contractus, qui consensu solo perficiatur. Indicat regula juris, quæ ita definit, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* L. nuptias *D. de reg. ju. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. et dem.* Postremo ne quis reformidet contractum hunc ad societatem referre, ut sit ejus generis species, sunt et nuptiæ societas. At qualis societas? quam supra dixi, quæ sit scilicet omnium arctissima. Et dubitemus ita esse, cum veteres tot locis constanter hanc appellationem nuptiis tribuant, et definitione nuptiarum maxime confirment? Nominatim dicuntur nuptiæ societas vitæ in *L. 1. D. de act. rer. am.* quo quid clarius? Dicuntur consortium omnis in *L. 1. D. de rit. nupt.* eodem plane vitæ sensu. Sunt enim consortium voluntarium, ac consortii voluntarii verbo Papinianus societatem intelligit in *L. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*. *D. pro soc.* Hinc vir et uxor dicti socii divinæ et humanæ domus. *L. adversus*, *C. de crim. expil. her.* Et quinam sunt socii, nisi inter quos est societas, quæ sola socios facit? *L. qui non admittitur*, 19. *L. ut sit*, 31. *D. pro soc.* Sed maxime definitio nuptiarum id ostendet, quam mos subjiciemus. Atque hoc probatum tale est, ut per se solum sufficiat ad superiora illa duo demostranda, nuptias contractum esse, et contractum qui consensu solo perficiatur. Nam hæc omnia societas in se continet. Quod si quis quærat, cur igitur veteres societatem inter contractus non retulerint? Quæram ego vicissim, cur inter contractus non retulerint dotis dationem; cujus tamen restitutio non minus ex obligatione est, qua qui accepit ad restituendum tenetur, quam pignoris dati restitutio, cum pecunia soluta est. Nempe hoc illis propositum fuisse apparet, ut de nuptiis separatu tractatu agerent, in quem eumdem omnia conferrent, quæ nuptiis sunt adjuncta: ut tractatum de sponsalibus, de donationibus propter nuptias, de dote, de pactis dotatibus, de donationibus inter virum et uxorem; etsi harum rerum obligatio ut actio ex diversis et maxime distinctis caussis oriatur. Nobis liceat unumquodque effectum ad suas caussas referre, caussas autem suo quasque ordine exponere. Unum est præcipue, quod quibusdam religionem injicit, quominus nuptias contractum esse concedant, quod nullus sit contractus, nisi ex quo obligatio contrahatur. §. *ult. Inst. de obl.* Nulla autem his videatur obligatio ex nuptiis nasci inter conjuges; quod negent ex nuptiis rem ullam subesse, cujus solvendæ necessitate conjuges adstringantur: quæ tamen necessitas proprie est obligationis. Sed si hanc rem, atque hanc necessitatem in nuptiis subesse probamus, opinor, illis satisfactum erit, et vel hoc nomine maxime nuptias contractum esse fatebuntur. De eo vero dicetur postea suo ordine. Ante quid sint nuptiæ, et quomodo contrahantur, videndum est, ut contractu constituto, sic deinde de obligatione, quæ hinc nascitur, quæratur.

III. Nuptiæ sic definiuntur apud *Justin. Inst. de patr. pot.* ut sint viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. Nuptiæ sunt conjunctio. Sane, et quidem arctissima, utpote qua conjuges corporibus ipsis, et convictu quotidano inter se conjunguntur. Sed verbum generis hoc est, etiam cum societate rerum commune. Nam et societas rerum conjunctio est, qua socii communione rerum inter se conjunguntur. Quam ob caussam etiam dicitur, hæc societas jus fraternitatis quodammodo in se habere. *L. verum*, 63. in pr. *D. pro soc.* Et qui magis conjuncti quam fratres? Addendum igitur fuit, quo res a communione abstraheretur, efficereturque quod esset proprium hujus societatis. Quam ad rem cætera definitionis collata sunt. Hæc propria sunt duo: unum positum in personis contrahentium, alterum in genere et qualitate conjunctionis. In personis discrimen tale. Nam rerum societas et inter solos mares contrahi potest, et inter solas fœminas. Et si numerum sociorum quærimus, inter plures socios quam duos. In nuptiis diversa omnia. Significatur hoc illis verbis, cum dicuntur nuptiæ maris et fœminæ conjunctio. His enim intelligimus, nuptias esse a sexu quidem non nisi inter marem et fœminam: numero autem solum inter duos, quorum alter vir sit, altera fœmina: quandoquidem dicuntur non marium et fœminarum conjunctio, sed maris et fœminæ numero sin-

gulari. Qua nota et polygamia removetur. De qua paulo post in præceptis connubialibus. Genus conjunctionis est Id, quod dicitur habere consuetudinem vitæ, et eam individuam. Consuetudo vitæ est convictus vitæ interior, quo fiat, ut simul aliqui inter se conjuncti vivant. Quod in definitione Modestini dicitur consortium vitae, *L. 1. D. de rit. nup.* idest ea societas, qua socii inter se ejusdem vitæ sint participes, seu eumdem victum inter se communem habeant. Quod sane non est in societate, quæ specialiter ita dicitur: in qua nihil prohibet socios separatim vivere.

IV. Quod dicitur esse consuetudo vitæ individua duo continet. Nam individuum dicitur Latinis, quod unum et connexum in sese dividi non potest, quomodo atomos Cicero vocat corpora individua *Lib. 1. de finibus.* Hoc verbo intelligi debet: primum eam consuetudinem hic accipi debere, quæ sit indivisa in præsentia. Deinde quæ in futurum dividi et dirimi non possit. Et ita res se habet, ut nuptiæ sint consuetudo et societas vitæ indivisa, idest ea, quæ nihil indivisum habeat inter conjuges. Proinde quæ habeat omnia communia, quæ ad convictum et societatem vitæ pertineant. Quod quia non fit, nisi in corporum et rerum communicatione, inde bene dictum in *L. 1. D. de rit. nup.* nuptias esse divini et humani juris communicationem, quod quam verum sit, dicetur postea in ea obligatione, quæ ex nuptiis nascitur. Nihil simile in societate rerum, in qua res communes esse possunt. Corporum conjunctio nulla est. Nec minus verum est, consuetudinem vitæ, quæ nuptiis suscipitur, dividi et dirimi non posse. Primum nuptiæ proposito contrahentium ita contrahuntur, ut in his sit conjunctio conjugum perpetua. Unde et conjugii verbum a jugo, ut supra monui. Tum autem et jus hoc ipsum effirit. Quo jure neque uni ex contrahentibus licet nuptiis renuntiare pro arbitrio, neque ambobus mutuo consensu ab his discedere, nisi ex justa caussa. *L. consensu; C. de nupt.* Quod secus est in societate rerum, quæ non solum mutuo consensu sociorum solvitur, sed etiam unius ex sociis renuntiatione. *L. verum*, *§. ult. D. pro soc.* *§. manet. Inst. de sociel.* Et vero in hac definitione ita individua consuetudo accipienda est, ut et vulgo interpretes recte acceperunt. Nam primum hoc illud est, quod in *L. 1. D. de rit. nup.* definiuntur nuptiæ consortium omnis vitæ. Ubi apparet omnis vitæ dictum esse pro totius vitæ, cum singulis hominibus non plures vitæ datæ sint, sed una. Dum autem nisi sic accipimus, futurum est, ut quævis promiscua conjunctio maris et fœminæ sint nuptiæ. Si non quævis, at certe concubinatus. Nam et cum concubinis conjunctio est maris et fœminæ, consuetudinem vitæ continens. Constat tamen concubinam non esse uxorem: concubinatum non esse nuptias. *L. 1.* et toto *Tit. D. de concub.* Qua in re igitur harum rerum discrimen? Haud dubie in eo, quod nuptiæ ita contrahuntur, ut habeant consuetudinem vitæ individuam, idest quæ non dividatur, non dirimatur. Concubinatus autem conjunctio neque instituitur hoc proposito conjunctorum, neque etiam ea vi est, ut non liceat alteri, cum velit, ab altero invito discedere. *L. 1. D. de concub.* Atenim justæ nuptiæ etiam divortio dirimi possunt. *L. consensu, C. de repud.* Sed hoc præter votum contrahentium accidit, et præter matrimonii naturam. Unde nec nisi justis de caussis divortium facere licet impune, nec unquam nisi missi repudio, ut cautum est *eod. L. consensu, C. de repud.* quo ipsum satis argumenti est, vere dici nuptias simpliciter et pro arbitrio dirimi non posse. De jure civili solo nunc loquor. Nam verbo Dei quid hic cautum sit, notum est. *Quod Deus conjunxit*, ait Christus de viro et uxore loquens, *homo ne sejungat.* Matth. 19. Ut autem individuam interpretemur, quod quidam viri docti faciunt, eam solum, quæ res omnes inter virum et mulierem indivisas habet, idest, in qua omnium rerum indivisa communio est; verendum, ne non satis sit ex significatione verborum. Illa enim consuetudo est individua, quæ in se talis est, non autem cujus res solæ ea conjunctione contentæ sunt individuæ. Quinimo ne ad res quidem viri et mulieris satis apte hoc verbum referri potest. Sunt enim hæ res inter eos communes: at non individuæ; quæ sæpe necessitatibus rerum ita urgentibus inter ipsos dividuntur.

V. Rem secutæ appellationes: quæ ex re natæ hoc ipsum, quod in re est cognitæ magis ostendent. Sunt autem hujusmodi, ut quædam duc'æ sint a prole sperata, quædam a solemnibus in re contrahenda usitatis, quædam a genere ipso conventionis. A prole sperata *matrimonium*, ut Inst. *de patr. pot.* in pr. et passim in hoc argumento de nuptiis. Sic enim contrahuntur nuptiæ, ut uxores matres fiant, atque hoc modo legitima et honesta sobole repleatur civitas, atque adeo conservetur humanum genus. Finis hic præcipuus nuptiarum *Novell. de nupt.* in princ. *L. 1. D. sol. matr.* A sole-

mnibus in re contrahenda usurpari olim solitis hæc numina prodierunt, *nuptiæ, connubium*. Sic enim nuptiæ dicuntur, de quo jam constat inter omnes auctore Festo et Isidoro, quod novæ nuptæ deducerentur in domum mariti velatæ, deductæ uxores esse inciperent. *L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. et demonstrat.* Connubii verbum in hac significatione legere est in *L.* 3. et *L. licet, C. de inc. nupt.* nec sine exemplo veterum. Nam et Virgilius ita usurpat *Lib.* 1. Æneid. his verbis:

Connubio jungam stabili....

A veteribus tamen et nostris magis connubii verbum ita usurpatur, ut eo significetur nubendi, et matrimonii contrahendi potestas; ut cum dicitur justum matrimonium tunc esse cum inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium est. Neque enim recta diceretur matrimonium justum esse, cum ii contrahunt, inter quos ante matrimonium est. Nam si est, non debuit iterum contrahi. Sic explicat hoc verbum Ulpianus in *frag. Inst. tit.* 5. Sic usurpatur ab eodem in *L. eo jure*, 45. §. *hoc caput, D. de ritu nuptiar.* A genere ipso conjunctionis hæc appellatio est, ut dicantur nuptiæ conjugium, ut in *L. si quis incesti. C. de inc. nupt.* Quod verbum maxime conjunctionis vinculum exprimit. Habet enim metaphoram ductam a jugo. Quo junguntur boves, et tenentur tam arcte, ut id excutere non possint, nisi eo aliunde solvantur. Quod et ipsum viro et mulieri accidit, consuetudine matrimonii tanquam jugo inter se junctis, ut instituta conjunctio solvi pro arbitrio non possit.

VI. Sed et in hac conjunctione personæ contrahentium propriis nominibus notatæ sunt. Nam mas dicitur vir, item maritus: fœmina uxor: ambo communi verbo conjuges: etsi hoc verbum frequentius uxori tribuitur. Quæ et ipsa legenti passim occurrent. Frequentissime in tractatione ejus donationis, quæ dicitur inter virum et uxorem, inter maritum et uxorem.

VII. Facta etiam ipsa contrahentium distincta item suis appellationibus. Nam vir dum mulierem pro uxore sibi accipit, dicitur uxorem ducere: uxor dum se marito uxorem esse vult, dicitur ei nubere: et quidem ita, ut quod unius est, nunquam tribuatur alteri. Nam nec uxor dicitur maritum ducere, sed solum vir uxorem. Nec maritus nubere uxori, sed solum uxor marito. *L.* 5. *L. si filius*, 11. *D. de rit. nupt.* Nisi quod hoc posterius dicitur interdum de marito; sed per contemptum et ignominiam, dum significare volunt hominem ignavum et nullius pretii qui subjiciatur uxori suæ, ut is potius in matrimonio fungatur officio mulieris, illa autem viri. Hinc illud Martialis ignominiose dictum in novum maritum:

.... nupsit heri

Ex quo et illud ejusdem

..... uxori nubere nolo meæ.

Utraque appellatio nata ex vetere ritu. Nam et mariti ad nuptias contrahendas solemni more uxores ducebant domum, tumque certo nuptiæ contractæ intelligebantur. *d. L.* 5. *D. de rit. nupt. L. cui fuerit*. 15. *D. de cond. et dem.* Uxor nupta id est velata et obtecta tradebatur marito. Quorum prius cum solum viri proprium esset, posterius uxoris, non mirum, si quod unius erat, alteri tributum non fuerit. Et hæc quidem istarum appellationum origo et ratio est. Res ipsa una: quæ quid sit, quamque conjunctionem et societatem vitæ habeat, diximus.

CAP. XIX.

Quibus rebus contrahantur nuptiæ. In his rebus primum locum obtinere personas contrahentium. Quænam hæ, inter quas contrahi non possint. Adversus præcepta juris quæ sunt de hac re si qui coierint, quæ pœnæ.

Nuptias contrahentium subsistere consensu. I.

Justas esse, si et personæ contrahentium sint idoneæ: et consensus earum legitimus. II.

Personæ nuptias contrahere prohibentur natura vel jure. III.

Natura *aut a contrahendis, aut a contractis nuptiis arcentur, et qui sint utr que.* IV.

Jure *servi, et peregrini apud Romanos.* V.

Item quorum nuptiæ habent turpitudinem, aut incommodi metum. Turpitudo aut ex conjunctione, aut polygamia. VI.

Conjunctio aut cognatorum aut affinium. Illa rursus aut directa aut collateralis. VII.

Directa inter parentes et liberos naturales, eaque infinita. Ad patrem legitimum, et spiritualem producta. VIII.

Collateralis, seu transversa quorum. Infra quartum gradum jure civili comprehensa. IX.

Exceptio. X.

Conjunctio affinium inter eos, qui loco sunt parentum et liberorum, prohibita dumtaxat; quinam illi. XI.

Sed tamen et cum uxore fratris, et sorore uxoris nuptiæ prohibentur jure codicis, et quid jure divino veteri. XII.

Qui nam de toto genere personarum, inter quas nuptiæ prohibentur, plenius scripserint: et quid in illis desideret auctor, quod ipse præstiterit. XIII.

Polygamia prohibetur cum divino, tum etiam civili jure; et quatenus. XIV.

Incommodi metus ex conjugio aut in viro, aut in muliere, aut in utroque. XV.

In viro qualis, hujus prohibitionis exemplum. XVI.

In muliere metus imminet aut ex concussione, aut coitione fraudulenta. XVII.

Ad prius genus pertinet prohibitio nuptiarum provincialis mulieris cum Præside, ejusque comitibus, aut officii alicujus administratore. XVIII.

Exceptio duplex, et quæ. XIX.

Item Provincialis *cum militibus ibi militantibus.* XX.

Ad posterius tutoris, vel curatoris cum pupilla vel adulta. Nuptiarum istiusmodi interdictio qualis, et quæ interdiction's pœna. XXI.

Tutori et curatori; horumque patri vel liberis quatenus ex verbis et sententia S. C. nuptiæ cum pupilla, aut adulta interdictæ. XXII.

In utroque metus ex conjunctione Christiani cum Judæa, aut cum Judæo Christianæ. Quæ caussa et pœna interdictionis. XXIII.

Nuptiæ viduarum prohibentur intra annum luctus a jure civili, secus jure divino et jure canonum. XXIV.

Contractas nihilominus non impune abire, sed ratas esse vel jure civili. XXV.

Quomodo prioris matrimonii liberis occasione secundarum nuptiarum per Leges consultum. XXVI.

Quæ illicitarum nuptiarum pœna. Quid novi Justinianus sanxerit adversus incestas nuptias. Novellæ 12. *summa et analysis.* XXVII. XXVIII.

I. Non exsistit natura inter aliquos ista conjunctio et societas vitæ, sed ut cæteræ res, quæ consensu geruntur, suas caussas habent, unde oriantur: sic et nuptiæ. Exsistunt autem contrahendo. Nam et nuptias contrahi dicimus. *Inst. de nupt.* in pr. Denique et ipsæ sunt societas, ut ostendimus; neque vero intercedit aliter inter aliquos societas, quam si inter eos consensu contrabatur.

II. Contrahuntur nuptiæ, quæ rite et secundum præcepta legum contrahuntur, *Inst. de nupt.* scilicet ut hoc modo efficiantur justæ nuptiæ. Nam injustæ, quia contra jus fiunt, non sunt nuptiæ. §. *si adversus*, *Inst. eod. L. non dubium, C. de legib.* Ut ita contrahantur nuptiæ, et simul efficiantur justæ, duabus in rebus positum est; in personis contrahentium idoneis, et in legitimo de hac conjunctione consensu. Personæ hujus con-

tractus capaces materia sunt (sic enim eum vulgo loqui liceat) in qua nuptiæ versentur. Si malumus subjectum hujus contractus, ita ejus proprium, ut ad contractus alios alius non pertineat. Quam ob caussam et de his personis in communi argumento de personis, quæ obligari contrahendo non possint, supra nihil diximus. Legitimus consensus utramque caussam in se habet; efficientem nuptiarum, et formam. De fine et effectu hujus societatis comprehensum est superiore definitione. Deinceps igitur ad nuptias constituendas de personis contrahentium idoneis, et de legitimo ad eam rem consensu cognoscamus: quibus de rebus et nos plenius hoc loco dicturos supra polliciti sumus *Lib.* 2. *C.* 20.

III. Ac de personis deliberatio prior: cum si quæ sint, inter quas nuptiæ non consistant, frustra consenserint inter se de nuptiis. Non omnibus vero nuptiæ inter se concessæ sunt. Quibus exceptis, cæteris concessas intelligemus. Prohibentur nuptiæ inter aliquos partim natura, partim jure.

IV. Natura in his, quibus natura desunt ea, quæ nuptiæ desiderant aut contrahendæ ab initio, aut jam contractæ. Contrahendæ consensum desiderant eorum, quorum de conjunctione agitur, ut postea dicetur. Proinde in quibus consentiendi facultas non est, cum his nuptiæ constitui non possunt. Quales sunt furiosi, et mente capti. *L. patre. D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Contractæ desiderant facultatem sobolis procreandæ, cujus maxime caussa nuptiæ contrahuntur. *L.* 1. *D. sol. matr.* In hoc numero sunt impuberes tam mares, quam fœminæ. Qua de caussa uter conjugum impubes fuerit, placet inter contrahentes nuptias non consistere: *Inst. de nupt.* in pr. Sic tamen ut instituta inter hos conjunctione etiam illud placeat tunc legitimas nuptias fieri, cum his in eadem conjunctione perseverantibus, qui minor ætate erat, legitimam apud alterum ætatem impleverit. *L.* 4. *D. de rit. nupt.* Eodem numero sunt et ex maribus castrati. Argumento est, quod hi prohibentur adoptare tantum ideo, quod generare non possunt, §. *sed et illud. Inst. de adopt.* Si adoptio naturam imitatur, ut dicitur imitari in §. *minorem. Inst. de adopt.* recte hinc colligas, si quid hic prohibetur in adoptione, exemplo fieri et imitatione naturæ, ac proinde prius esse, ut in natura prohibeatur.

V. Jure prohibentur nuptiæ, cum qui superioris conjunctionis et consensus capaces sunt, jure tamen prohibentur nuptias contrahere. Quod fit certis et justis de caussis. Justæ caussæ aut in statu personæ spectantur, aut extra statum. In statu personæ hæc caussa est, si quis non sit civis Romanus. Jure enim Romanorum fit, ut justas nuptias soli inter se contrahant cives Romani. *Inst. de nupt.* Huc ergo retulerimus servos, et ex liberis hominibus peregrinos, sive qui nunquam in numero civium fuerunt, sive qui cum fuissent, deportatione civitatem amiserunt. Quos omnes constat, quemadmodum cives Romani non sunt, *L. qui testamento,* §. *servus. D. qui test. fac. pos.* §. *cum autem, Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvat.* ita jus connubii non habere. De servis et ancillis constat. *L. si neget, D. de agnosc. lib. L.* 3. *C. de inc. nupt.* Neque hoc male aut inhumane, et contra (1) *verbum Dei constitutum quis existimet, quandiu hoc manebit, jure fieri, ut servi sint in dominio dominorum. Nam verbo Dei, atque adeo natura Duce jubetur maritus adhærere uxori suæ, uxor contra erga maritum eodem modo se habere. Atqui non potest servus aut ancilla id facere, quin tantum de jure domini detrahatur. Quod quia nulla juris ratio concedit, ne illud quidem concedendum fuit; unde illa injuria nascitur. Nec si hi juncti erunt, ideo quis putet verbo Dei prohiberi ejusmodi conjunctionem dissolvi; propter dictum Christi, Quod Deus conjunxit, homo ne sejungat.* Mat. 19. *Nam*

(1) Esto servorum sit contubernium de jure civili, non connubium, non matrimonium. Contra omnium est, si jus naturæ sedulo investigemus atque divinum. Quare Jus Canonicum quod cum utroque consentit, contrahi matrimonium a servis diserte affirmat; quod, salvo tamen jure Dominorum, ratum esse jubet, ac validum, etsi nolente atque invito domino contractum. *Cap.* 1. *de Conjug. Serv.* Cui luculentissimum testimonium præbet Apostoli auctoritas in *cod. Cap.* laudata. Quemadmodum vero optime conveniat juri naturæ matrimonium: cui servitus jure humano inducta præjudicati quidquam afferre nequeat: graviter, atque erudite satis ostendunt Juris divini, et Sacrorum Canonum Interpretes; qui et illud explicant, quomodo et conjugii munus implere servi, et simul operis atque obsequio Domini vacare possint. Quibus positis, omnia quæ Donellus affert ex jure divino ad jus Civile constabiliendum, facile convelluntur. Imo (quod inculcare juvat) *Salvo jure Domini:* quod lex Canonica integrum atque incolume præstat, tota Donelli argumentatio facile labitur, et concidit ipsa per se. vid. Emman. Gonzal. *in Commen. Tit. de Conjug. Servor.* Dominic. Soto in *IV. Sent. Dist.* 35. *Q. un. Art.* 1. Laurent. Berti *Lib.* 37. *de Theolog. Discipl. Cap.* 6. §. *de Imped. Condit.*

quod de hoc præcepto in universum dicendum sit, quod ad sequentes quoque prohibitionis caussas pertineat: non sunt dicendi a Deo conjuncti esse, qui contra leges juncti sunt. Si quidem magistratus, eoque et magistratus leges, in quibus consistit potestas magistratus, ordinatio Dei est, et qui his se opponit, ordinationi Dei resistit, nedum hanc sequitur, ut docet Apost. Rom. 13. Atque hac ipsa ratione recte fieri dixerimus, ut non magis civi Romano connubium sit cum peregrinis, puta barbaris, et deportatis: postquam illi inter cives Romanos nunquam fuerunt, hi autem damnatione esse desierunt. Porro ita jus est de civibus Romanis in nuptiis, ut supra posui. Idque ita scriptum legimus in *fragmentis Institutionum Ulpiani Tit.* 5.

VI. Extra statum personæ in his qui naturalis conjunctionis capaces sunt, omnis est ad prohibendas inter aliquos nuptias caussa summa duplex, alias turpitudo mutua conjugii; alias justus externi alicujus incommodi ex eo conjugio metus. Turpitudo conjugii aut ab arctiore est conjunctione contrahentium inter ipsos, aut a numero nuptiarum, uno verbo a polygamia.

VII. Arctior conjunctio contrahentium, quæ huc pertineat, aut cognationis est, aut affinitatis. Cognatio alia directa, alia ex transverso, seu a latere. *L.* 1. *L. stemmata. D. de grad. et aff.*

VIII. Directa inter parentes et liberos. Inter hos in infinitum nuptiæ prohibitæ tanquam incestæ et nefariæ; utpote cum natura ipsa pugnantes: quod animalia etiam bruta pleraque nos docent. §. 1. *Inst. de nupt. Novel.* 12. *de inc. nup. L. nuptiæ*, 53. et *L. seq. D. de rit. nupt.* Idque tam religiose propter honestatem in hac parte servatur, ut nec inter patrem adoptivum et filiam adoptivam placeat nuptias consistere, etiam dissoluta per emancipationem adoptione. §. *et hæc adeo, Inst. de nupt. L. quin etiam*, 55. *D. de rit. nupt.* Etiam in hac conjunctione Justinianus hoc induxit, ut si quam ex sacro baptismate quis suscepisset, hic illi pro patre haberetur, illa huic pro filia. Quamobrem et cum ea ab eo, qui suscepisset, nuptias contrahi prohibuit. *L. si quis alumnam, C. de nupt.*

IX. Ex transverso, seu a latere cognatio est eorum, qui inter se extra nomen et jus parentum ac liberorum positi, nihilominus inter se sanguine juncti sunt, quasi una et simul nati, quia ex eodem sanguine. Ut sunt frater et soror; patruus, avunculus; amita, matertera, fratrum sororumve filii aut filiæ. Patrueles item et consobrini, et si qui sint alii inferioris gradus. *L. Jurisconsultus, §. sunt ex lateribus, D. de grad. et affin.* Inter hos interdictæ nuptiæ usque ad quartum gradum. (2) *Quarto gradu jure civili concessæ. Puta inter duorum fratrum, aut fratris et sororis liberos, qui patrueles, aut inter liberos duarum sororum, qui consobrini appellantur.* L. celebrandis. C. de nupt. §. *duorum, Instit. eod.*

X. Excepti hi, quorum unus alteri pro parente habetur. Qualis est patruus magnus fratris sui nepti, avunculus magnus nepti sororis suæ, amita fratris sui nepoti, matertera sororis suæ item nepoti. Neque illi fratris sororisve neptem uxorem ducere possunt, neque hæ fratris sororisve nepoti nubere, quanvis distent ab ea quarto gradu, §. *fratris vero, Instit. de nupt. L. nemini, C. de nupt.* Atque id caussa est, quod patruus fratris filio et filiæ pro patre est, unde et patrui nomen. Quod si hic istis pater, erit utique et fratris nepti veluti avus. Adeo autem fratris filiam et neptem uxorem ducere non licet, ut nec concubinam eam habere quis possit sine crimine incestus. *L. etiam*, 56. *D. de rit. nupt.* Illud inter hanc cognationem et superiorem in his quæ per adoptionem conjunguntur interesse monendi sumus, quod si qua per adoptionem soror esse cœpit, aut fratris filia vel neptis, quandiu quidem constat adoptio, eam uxorem ducere non licet: at dissoluta adoptione licet, quod posterius in superiore cognatione secus esse diximus. §. *sed si qua, Instit. de nupt.*

XI. Affinitas quoque suam conjunctionem habet, cujus et ipsius veneratione a quarumdam nuptiis abstinendum esse merito placuit. §. *affinitatis, Inst. de nupt.* Et sunt inter affines, qui parentum ac liberorum locum quodammodo inter se obtineant. Nomina hæc sunt, socer, socrus, gener, vitricus, noverca, privignus, privigna. Quibus verbis quid significetur, traditur ex professo in *L. non facile, §. affines, D. de grad. et affin.* Inter hos vero nuptiæ æque prohibitæ, atque inter parentes et liberos; ut scilicet neque socer nurui tanquam filiæ, neque socrus genero tanquam filio, neque vitricus privignæ tanquam filiæ, neque no-

(2) Quem Consanguinitatis gradum, comprehendat prohibitio Canonum, quibus in his, quæ ad Sacramentorum dignitatem et venerationem attinent, primas et summas tribui necesse est; docebit asteriscus seq. ejusque nota.

verca privigno tanquam filio matrimonio jungi possint. *L. nemini. C. de nupt.* Non dico, quandiu constat affinitas, puta, quandiu hic socer est, illa nurus; hic vitricus et illa privigna; sed etiam dissoluta affinitate; cum socer et nurus, vitricus et privigna esse desierunt, qui prius fuerant. Quod fit dissoluto eo matrimonio, ex quo affinitas et superiora omnia contingebant. Quod quid sit, pluribus explicatur in *d. §. affinitatis, de nupt.* Adeo autem quæ vere mihi noverca est, idest vere patris mei uxor, eam ego tanquam alteram matrem uxorem ducere non possum, ut placeat, si qua sit tantum patris concubina, quia et hæc a patre pro uxore habeatur, non posse me et reliquos liberos parentis eam uxorem ducere: tantum venerationis nomini matris, et ejus, quæ matris imaginem gerat, tribuitur. *L. 4. C. de nupt.* Sed hoc veris tantum et naturalibus liberis denegatum esse sciendum est. Si quis autem a marito adoptatus est, patris adoptivi uxor non est ei noverca, denique et in ea familia nemo fit affinis. *L. non facile, §. ult. D. de grad. et affin.* Quod eo spectat, ut mortuo patre adoptivo, atque ita dissoluto omni jure cognationis, non prohibeatur viduam defuncti patris adoptivi uxorem ducere, cui nullo unquam jure cognationis aut affinitatis junctus fuit.

XII. Extra hos, qui in jure affinitatis parentum liberorumque locum inter se quodammodo obtinent, (3) *nulli fere habentur, quantunvis videri possint inter se affines, inter quos interdictum sit matrimonium.* Et ideo mariti filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, et contra, licet inter se sint quodammodo fratres, et sorores; nihilominus tamen matrimonium inter se recte contrahunt, et quidem ita, ut placeat eos recte contrahere, quanvis habeant fratrem, sororemve ex matrimonio postea contracto natos. *§. mariti. Inst. de nupt.* Hic tamen exceptæ fratris uxor, et uxoris soror, quas prohibitum est constitutionibus uxores ducere, quanvis dissolutum sit quoque modo conjugium, quo illæ affines fiebant: ut jam nec fratris demortui uxorem, nunc viduam, nec uxoris meæ demortuæ sororem ducere liceat. *L. fratris. C. de inc. nupt. L. nemini, C. de nupt.* Etsi de uxore demortui fratris aliud non tantum concessum, sed etiam jussum est lege Moisis, si modo frater decessisset sine liberis. *Deut.* 25. 5. Cæterum eadem lege neque vivo fratre, neque eo mortuo relictis liberis licuit fratri uxorem ejus ducere, quomodo temperandam esse generalem prohibitionem de hac uxore ducenda doctissimi interpretes docent, quæ prohibitio legitur *Levit.* 18. 16. et *Levit* 20. 21.

XIII. Hic maxime quærendi locus est de generibus cognationis, de cognatorum gradibus, deque affinibus. Ut et alias in successionibus ab intestato. Sed satis sit id nunc indicasse. Nam quæ ad hunc locum pertinent, dilucide exposita sunt proprio titulo in Pandectis: titulus est de gradibus et affinibus. Inde sumi possunt, ne necesse sit huc transcribere. In quo genere tamen si quis pleniorem tractationem desideret, habet commentarium lectu dignum Franc. Hotomani de hac parte, quo non sine fructu ad ejus partis cognitionem uti possit. Quanquam quid hic eum commentarium de una hac parte commemorem? Existat de genere ipso toto earum personarum inter quas nuptiæ contrahi possunt, plena et erudita tractatio Francisci Duareni ab ipso vivo edita ad titulum Soluto matrimonio, in qua et de gradibus cognatorum deque eorum computatione recte ineunda ex professo disserit. Quæ quisquis leget, mirifice se ad hunc totum locum cognoscendum adjutum esse sentiet. Hæc indicasse contentus brevitati consulam. Ego de hoc genere personarum hoc loco post illos et plerosque alios doctos viros scribens, dedi operam, ut res tota certiore et dilucidiore ratione docendi, quam plerumque in illis desidero, a me explicaretur. Quod a me præstitum esse, spero, diligens lector cognoscet, nec post illorum scripta inutilem hic a me operam de iisdem rebus dicendi sumptam esse fatebitur. Sed ad rem revertamur.

XIV. Et de polygamia, quæ item turpitudinem conjunctionis secundæ in se habet, ita

(3) Affinitatis proprie nulli sunt gradus. Sed cum imitetur consanguinitatem affinitas, hujus ideo et quasi gradus numerantur. Hinc factum, ut quartus ex computatione Canonisa gradus cum consanguinitatis, tum affinitatis matrimonium dirimat de jure Canonum *Cap. non debet 8. de Consang. et Affinit.* Impedimenta vero dirimentia Ecclesiam posse, ejusque Caput Romanum pontificem constituere post Concilii Tridentini Decretum Catholicorum nemo dubitet. Vid. ejusd. Concil. *Sess.* 24. *Can.* 4. Quod præterea Jus ex omni Ecclesiastica Antiquitate illi asseruut viri cum in jure divino et Canonum, tum in Ecclesiastica Historia Doctissimi. vid. Cl. Laurent. Berti *de Theolog. Discipl. Lib.* 37. *Cap.* 5. *Prop.* 2. Emman. Gonzal. *in not. et in Comment. Cap. Tuam* 3. *de Ord. Cognit. et in Comm. Cap.* 1. *de Sponsal.* Wan-Espen. *Jur. Eccles. Univ. P.* 2. *Tit.* 13. *Cap.* 1.

jus est, ut neque mulier eodem tempore duos maritos, neque vir eodem tempore duas uxores habere possit. Quo fiat, ut si qua nupta sit, prohibeatur alii nubere; sive quis uxorem jam habeat, impediuntur illi cum altera nuptiæ. *L. C. de incest. nupt. L. eum qui.* 18. *C. de adult. §. affinitatis*, et seq. *Inst. de nupt.* Quod jus tanto magis servandum est, quod nominatim sancitum est verbo Dei. Sic enim Christus Matth. 19. 5. et qui duo fuerant, erunt una caro. Et mox polygamiæ stuprum et adulterium indicat, cum ait, si quis uxorem habens aliam ducat, eum mœchari; quod non fieret, si nova esset uxor. Et cum qui uxorem sine caussa justa dimissam ducat, item mœchari: nempe quia et ita dimissa uxor maneat, cui non liceat sine stupro alium maritum adsciscere. Sed et Apostolus 1. ad Corinth. 7. de conjugio ita præcipit; propter fornicationem, inquit, suam quisque uxorem habeat; et propriam quæque virum habeat. Quibus verbis aperte utrique unum tantum vice mutua conjugem assignat. Quid, quod hominibus uxores habentibus ne concubinas ne quidem habere jura concedunt? *L. ult.* in fin. *C. comm. de mand. L.* 1. *C. de concubi.*

XV. Est, ut proposui cum nuptiæ absint a turpitudine conjunctionis, sed ob justum aliquem incommodi non ferendi metum prohibentur. Incommodum hujus generis tale est, ut alias metuatur proprie in viro, alias proprie in muliere, nonnunquam communiter in utroque.

XVI. In viro proprie dignitatis ejus imminutio, quæ non eum solum attingat, sed etiam ad totius ordinis dedecus redundet. Ex hac caussa est illa prohibitio legis Juliæ apud Romanos, qua prohibebatur senator liberive senatoris libertinam ducere, eamve, cujus pater materve artem ludicram faceret, fecisset; item libertinus isve, qui ipse, cujusve pater materve artem ludicram faceret fecisset, senatoris filiam, neptem, proneptem, et deinceps ducere. *L. lege Julia*, 44. *L. lege Papia*, 23. *D. de ritu nupt.* Qua eadem lege prohibebatur senator liberive ejus libertinæ filiam, tabernariam, tabernarii, vel lenonis, aut arenarii filiam, eamve quæ mercimoniis publice præfuisset, uxorem ducere. *L. humilem, C. de incest. nupt.* Quod jus Justinianus in libertina immutavit; quam uxorem ducere omnibus, cujuscumque dignitatis sint, concessit. Novell. *Ut Lib. de cætero*, 78. *§. si quis autem.*

XVII. In muliere proprie, si cum certis personis conjugium illi admitti cœperit, metuuntur animadvertenda incommoda duo: concussio adversus eum sexum, et fraudulenta tutoris curatorisve adversus pupillam adultamve ejus coitio.

XVIII. Concussio adversus eum sexum, si præsidi provinciæ, aut qui cum eo sunt, quive in ea provincia temporali aliquo officio funguntur, liceat in ea provincia inde oriundam aut ibi domicilium habentem uxorem ducere. Facile enim hi propter potentiam aut vi aut gratia consequi possunt, ut quæ placebit, sibi collocetur: non tam adeo, ut eam uxorem sibi habeant, quam quo facultates domus per speciem matrimonii ad se sevocent, atque ita provinciales concutiant. Ideo id cavantes Romani salubriter id olim constituerunt, ne cui ex supra scriptis personis in provincia, in qua degunt, inde oriundam vel ibi domicilium habentem ducere liceret.

XIX. Quamvis sponsare non prohiberentur. Ita scilicet, ut si post officium depositum nollet mulier nuptias contrahere, liceret ei hoc facere, arris tantummodo redditis, quas acceperat. Hæc in *L. si quis officium*, 38. *D. de ritu nuptiar.* Recte post depositum officium. Nam ante si declararet mulier se nolle superioribus nubere, non solum id potuit, sed etiam ei potestas facta est, arras quas accepisset, retinendi. *L. unica. Cod. si rect. provinc. vel ad eum pertin. spons. deder.* Additur in *d. L. si quis officium*. Alia exceptio, ut si quis ex superioribus ante susceptum in provincia officium aliquam ibi sibi desponsasset, posset eam et suscepta administratione uxorem ducere. Ubi autem hi neque sibi aliquam sponsarent, neque veterem sponsam in provincia uxorem ducerent, ita prohibebantur aliquam inde oriundam, aut ibi domicilium habentem ducere, ut prohiberentur etiam filio suo ducenti consentire. *L. qui in provincia*, 57. *D. de ritu nupt.* Nec abs re: cum si id in filio concessum esset, facile foret per eum obtinere, quod ipsis per se non licebat.

XX. Militibus, qui in aliena provincia militant, puta aut belli gerendi, aut hiemandi, aut præsidii caussa ibi degunt; idem interdictum. *L. eos*, 65. *D. eod.* eadem de caussa videlicet: quoniam ab armatis, et commilitonum potentia instructis, iisdemque ut plurimum et ferocibus et insolentibus jure metuitur eadem vis et concussio, si nuptiæ cum his consistere cœperint. In patria sua militantes non prohibentur ex eadem provincia uxorem ducere, *d. L. eos.* Alioqui injuriosum esset illis in totum nuptias interdici, et minus periculi est, ne quid indignius adversus populares suos committant.

XXI. Fraudulenta tutori curatorisve, et in primis animadvertenda coitio est, si is pupillam aut adultam suam sibi aut filio in matrimonium conjungat ante vicesimum sextum annum, aut idem faciat postea nondum redditis rationibus. Quo enim hæc coitio, nisi ut hujusmodi conjunctione tegat fraudem administrationis? ut bene scriptum est in *L. si tutor*, 7. *C. de interd. matrim.* id est, nisi ut cum eam uxorem habere cœperit, immunis sit a rationibus reddendis. dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter ejus metum non audebit, ab eo rationes exigere, ut ita misera in re familiari turpiter circumscribatur? quod et significatur in *L. libertum*, 64. *D. de rit. nupt.* Estque hoc factum indignius, quod hæc fraus ab eo proficiscitur, qui præcipue pupillam vel adultam tueri debuit. Idcirco et matrimonium omne ejusmodi legibus est interdictum, toto Tit. *C. de interd. matrim. int. pupil et tut.* de quo ita scriptum est in *L. non est* 66. *D. de rit. nupt.* Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam, vel adultam intra vicesimum sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatam ducat uxorem, vel eam filio suo jungat. Quo facto uterque infamatur, et pro dignitate pupillæ extra ordinem coercetur. Nec interest, filius sui juris, an in patris potestate sit. Hæc in *d. L. non est.* idem esse dicimus, etsi tutor curatorve quid istorum fecerit post præstitutum superius tempus, sed fecerit nondum redditis rationibus. Hoc enim idem periculum habet. Et satis probatur in *L. penult.* in princip. *D. de ritu nuptiar.*

XXII. Atque hæc de tutore ipso et curatore cauta sunt. Sed longius itum est, quo fraudulento isti matrimonio occurreretur. Nam et mortuo tutore, de filio ejus ita cautum est in *L. si patris*, 6. *C. de inter. matrim.* ut si is nondum exacto superiore illo tempore, nempe quinto et vicesimo anno, nec non anno utili (hic enim illic scriptum est, ut sit is annus, qui efficiat vigesimum illum sextum annum, cujus supra mentionem fecimus, et qui commemoratur in *d. L. non est, D. de ritu nupt.*) si is, inquam, filius nondum exacto eo tempore, patris sui pupillam uxorem duxerit; nec matrimonium cum ea consistat, nec filius patri ex ea conjunctione procreetur. Idem est, etsi filius post id tempus ducat, sed cum pater adhuc obstrictus esset tutelæ rationi, ut est in *d. L. pen.* in pr. *D. eod.* Id autem fit, nondum reddita ratione tutelæ. Quo exemplo recte supra diximus multo magis idem in patre probandum esse. Nec solum in filio tutoris eadem sunt, sed et in herede tutoris, quanvis extraneo, sententia legis id exigente, ut declaratur in *L. libertum*, 64. *D. de rit. nupt.* Quod si filio tutoris non permittitur pupillam patris ducere, quia eadem fraus a tutore per interpositam personam filii struatur: consentaneum est quod Tryphonius probat in *d. L. pen.* §. *sed et si filiusfamilias*, *D. eod.* si tutor aut curator puellæ fuerit filiusfamilias, non oportere nec patri ejus concedi eam ducere, ac nec fratri, qui sit in ejusdem potestate. De tutoris et curatoris verbis quibus superior lex utitur, notandum, utroque verbo hic contineri non eum tantum, qui vere tutor sit aut curator, sed et omnem, qui pro tali habeatur, dum invitus: eum autem esse, ad quem invitum tutelæ vel curæ periculum suo nomine; non alieno, puta fidejussorio, pertineat. Quod quid sit, multis ostenditur in *L. si quis tutor*, 60. *D. eod.* Quod si quis volens tutoris vel curatoris nomine usurpato, idest pro tutore vel curatore negotiorumve gestore res pupillæ administraverit, placet, si sibi, filiove suo eam copulaverit, nuptias stare, nec ad exemplum tutorum eas infirmari. Verba sunt, *L. si quis tutoris, C. de interd. matrim.* Scilicet quia hic revera tutor non est, quem sua voluntas, non muneris necessitas administratorem fecit. Hinc quæsitum, an curatoris verbo hic accipi deberet etiam is, qui curator ventri, vel bonis datus esset. Et placuit debere. Nam et hic quas ad res datus est vere est curator, et hoc amplius datur invitus *d. L. pen.* §. *etsi quis*, *D. de rit. nup.* de hoc genere curatorum diximus *Lib.* 3. *Cap.* 23.

XXIII. Est et tertium genus incommodi, quod ex nuptiis pariter metuatur tam in viro, quam in muliere: cui incommodo occursum sit Christianorum principum constitutionbus. Id incommodum est corruptela et contemptus veræ religionis, idest Christianæ. Quarum rerum periculum tunc maxime metuitur, cum aut Christiana mulier nubit Judæo, aut Christianus Judæam ducit. Satis enim scitur, quam Judæi infensi sint et jurati hostes Christi, præter impias alias nationes omnes, et quam opinione falsæ religionis studeant alios omnes quoad possunt ad suam sectam traducere. Ut hinc per blanditias conjugales et consortium aliorum Judæorum in marito Christiano; per vim autem mariti Judæi, aut easdem illas blanditias, nec non sophisticen in muliere Christiana facile sequi possit aliqua doctrinæ ec morum corruptio. Adde contemptum veræ religionis. Nam quæ Christiana se adjungit Judæo, et qui Christianus Judæam uxorem

sibi adsciscit, declarat se religionem Christianam aut contemptui habere, aut non pluris facere quam Judaicam, cui per conjugium quodammodo se adjungit. Hæc ergo ne eveniant, idest ne per ejusmodi conjugium veniat in discrimen salus Christiani, neve per id traducatur nomen et (4) *verbum Dei*: ideo interdictæ sunt severe ejusmodi nuptiæ, neque ejus interdictionis aliam caussam reperio Costitutio est Valentiniani, Theodosii, et Arcadii, quæ extat in *L. 5. C. de Jud. et cœl.* Ejus constitutionis verba hæc sunt: *Ne quis Christianam mulierem in matrimonium Judæus accipiat, neque Judææ Christianus conjugium sortiatur. Nam si quis aliquid hujusmodi admiserit, adulterii vicem commissi hujusmodi crimen obtinebit: libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.*

XXIV. Atque hæ personæ sunt, cum quibus et inter quas superioribus de caussis nuptiæ contrahi certo prohibentur. Dubitatum est de iis mulieribus, quæ mortuo priore marito secundas nuptias ineunt, an non etiam his nuptiæ sint interdictæ intra annum, quo virum elugere moris est, ut si intra id tempus nupserint, nuptiæ non consistant: sunt, qui ita esse existiment, neque id temere propter edictum prætoris, quo ea quæ id fecerit, notatur infamia. *L. 1. D. de his qui not. infam.* et propter eas constitutiones, quibus sancitur hæc ipsa infamia, et aliæ insuper pœnæ in bonis ei mulieri prius delatis adjiciuntur; ut *L. 1.* et *2. C. de sec. nupt.* Sed verius est, mulierem intra annum luctus impune non nubere jure civili; esse enim eas pœnas, quas modo dixi. Cæterum si nupserit, nuptias valere, et qui inde nascentur, legitimos liberos fieri. Verbum quidem Dei mortuo priore marito mulieri viduæ nubere alii cui velit, nominatim liberum facit. Sic enim Apostolus 1. *Corin.* 7. 39. *uxor,* inquit, *alligata est lege, quamdiu vivit vir ipsius. Quod si obdormierit vir ejus, libera est ad cui velit nubendum, tantum in domino.* Quod interpretantes Hieronymus et Augustinus hanc libertatem pluribus verbis confirmant: ille, ut refertur in *C. aperiant,* 31. *Q.* 1. hic ut refertur, in *C. penult. et ult. ibidem.* Ac ne dubitemus istam libertatem etiam intra annum luctus ab Apostolo constitui, ratio ejus ostendit, qui hanc libertatem alii nubendi inde adstruit, quod dicat uxorem, mortuo marito, non jam alligatam esse lege matrimonii. Unde colligit, liberam esse ad cui velit, nubendum. Idque ita accipiendum esse, bene responsis quibusdam Pontificum comprehensum est, ut *C. penult. et ult. de sec. nupt.* Et certe nusquam has nuptias interdici, aut non valere legimus. Constat autem omnia licere, quæ legibus non prohibentur. *L. mutus. §. 1. D. de proc. L. necnon, §. quod ejus, D. ex quib. caus. major. L. 1. §. 1. D. de testib.*

XXV. Neque vero has nuptias absolute prohiberi, idoneum argumentum est, quod quæ intra annum luctus nupsit, notatur infamia. Nam et qui artem ludicram exercent, eodem edicto notantur; *d. L. 1. de his qui not. inf.* neque ideo quisquam artem ludicram exercere prohibetur. Sed cur laboramus? Ipsæ illæ constitutiones, quæ infamiam hic probant, et alias pœnas adjiciunt, nuptias intra annum luctus a muliere contractas, vere nuptias, et justas esse non obscure confirmant. Constitutiones hæ sunt, *L. 1. et 2. C. de sec. nupt.* Nam *L. 1.* eum cui mulier intra tempus luctui præfinitum nupsit, appellat *virum secundum,* neque eo contenta, etiam tertiam partem bonorum mulieris in dotem ei dari permittit. Quorum utrumque firmas hic nuptias cum secundo contrahi arguunt; quoniam nec vir, nec dos sine nuptiis et matrimonio intelligitur, *§. si adversus, Inst. de nupt. L. 3. D. de jur. dot.* Sed et *L. 2. C. de sec. nupt.* cum jubet eam quæ intra annum luctus secundo nupsit, amittere omnia, quæ de prioris mariti bonis consecuta est; priorem maritum nominans aperte et secundum maritum esse significat. Itaque quod scribunt iidem Imperatores in *L. consensu, §. si vero caussam, C. de repud.* se mulieri viduæ post annum luctus nubendi permittere facultatem; non hoc significat ante id tempus eos non permittere simpliciter hanc facultatem; sed non permittare impune. Volunt enim, ut dixi, valere nuptias, sed nihilominus pœnas adjiciunt, quibus declarent sibi nuptias non placere. Id quod faciunt in *d. L. 1. et 2. C. de sec. nupt.* Adeo autem ex verbis Apostoli, quæ supra retulimus, visum est mulierem solutam lege prioris matrimonii, posse cui velit etiam intra annum luctus nubere, ut nuptiæ consistant, ut jure Pontificio ei quæ id fecerit, etiam infamia remittatur,

(4) Supplenda si quis putet Donelli verba: post illa *Verbum Dei* ita potorit oratio ut sit integrior ex Catholica regula continuari: ne et Sacrosancta Mysteria, Sacrique ritus et cærimoniæ ex tradito verbo Dei acceptæ traducantur. vid. Bellarm. *de Contr. Christ. fid. Tom. I. Controv.* 4. *Lib. IV. Cap.* 1. *et* 2. *et seqq.*

C. pen. et ult. de sec. nupt. Idque non absurda ratione, quod nihil sit turpe factu, quod verbum Dei regula totius integræ vitæ et morum nominatim fieri concedat. Nulla autem infamia esse potest, ubi abest facti turpitudo.

XXVI. De cæteris nuptiis secundis; id est tam iis, quæ a muliere ineuntur post annum luctus, quam quæ a viro statim post mortem prioris uxoris defunctæ: nulla controversia est, quin jure consistant, nec qui contraxerunt, notentur infamia. Sed tamen si ex priore matrimonio sint aliqui liberi; visum est secundas nuptias ita coerceri, ut bona a priore conjuge aut ab uno ex his liberis profecta certis conditionibus ad eos liberos redeant, nec possit pater materve in secundum conjugem plus transferre, quam uni ex liberis dederit. Sunt et alia quædam addita, quo liberis prioris matrimonii consuleretur, quæ melius ex ipsis constitutionibus de hac re scriptis petentur. Constitutiones hæ sunt, *L.* 3. et sequentes, *C. de secund. nupt.*

XXVII. Sunt ergo extra hos soli superiores, de quibus diximus, inter quos nuptiæ prohibeantur. Prohibitionis vim videamus. Quid enim, si qui hac prohibitione contempta inter se in nuptias coierint. Et sunt hic adversus rem illicitam pœnæ jure civili constitutæ, quarum aliæ adversus effectum rei gestæ constitutæ sunt, aliæ adversus factum ipsum, quamvis jure non valeat. Primum ergo ne quis hoc facto se quid assequi posse putet, de effectu ejus hæc pœna denuntiatur omnibus, hic nuptias non contrahi: simul fieri, ut nihil eorum consistat, quæ sine nuptiis esse non possunt. Proinde neque virum, neque uxorem, neque dotem intelligi, nec liberos gigni legitimos, sed tales qui vulgo concepti habeantur. *§. si adversus, Inst. de nupt.* Hæc enim omnia fierent, si nec destinatione animi nuptiæ intervenissent. Pœna communis adversus ea, quæ contra leges fiunt, qua fit, ut quod ejusmodi est, pro infecto habeatur. *L. non dubium, C. de legib.* Sed ne quis rem effectu juris carere, facile feream, in facto ipso sibi blandiatur, etiam adversus factum ipsum ultro pœna constituta est, ut omnes discant ab illicita sola conjunctione abstinere. Constituta autem pœna pro qualitate delicti alias gravior, alias mitior. Ac mitissima est ea, quæ adversus omnes illicitas nuptias generaliter constituitur, ut si qua dos in his, aut si qua donatio propter nuptias intervenerit, (adde etsi sit promissa, *L. si quis incesti*, 6. *C. de inc. nupt.*) non solum nulla sit dotis aut donationis repetitio, quod traditur in *d. §. si adversus, Inst. de nupt.* sed etiam tanquam indigno indignæve utrique ablata fisco vindicetur: nisi ætas, sexus: aut justa ignorantia factum illicitum excuset. Cautum *L.* 4. *C. de inc. nupt.*

XXVIII. Accedit interdum infamia una cum extraordinaria coercitione. Quæ duo supra dixi statui adversus eum tutorem qui pupillam suam sibi vel filio suo junxit uxorem *L. non est*, 66. *D. de rit. nupt.* Crescit pœna adversus incestas nuptias. De qua quidem cautum legimus constitutione Arcadii et Honorii, *L. si quis incesti, C. de inc. nupt.* Sed multis modis auxit Justinianus *Novel. de inc. nupt.* 12. Atque ita constituit, ut mariti nuptias incestas contrahentis pœna sit, non solum dotis, sed etiam bonorum publicatio, cinguli privatio, exsilium etiam, et si forte vilis persona est (qualis describuntur in *L. humilem, C. de inc. nupt.*) etiam corporis verberatio. Mulier autem, quæ se sciens iisdem nuptiis contaminarit, et ipsa in donatione propter nuptias, in bonis, in corpore eadem illa patiatur. Et hoc si ex præcedente licito matrimonio nulli sint alterutri legitimi liberi. Qui si erunt, cæteræ quidem pœnæ manent: una excipitur patris matrisve successio, quam ita dividi placet, ut pars quarta addicatur fisco; tres reliquæ ad legitimos istos liberos veniant: ea tamen lege, ut inde parentes alant; qui ut maxime noxii sint, inquit Justinianus, parentes tamen sunt. Ex his autem incestis nuptiis susceptos liberos jubet, ut olim *d. L.* 2. *C. de inc. nup.* omni successione delinquentium parentum excludi, Bonis eorum fisco vindicatis. Hoc ille in ea *Novel.* 12. *de inc. nupt. §. si vero contigerit*, et deinceps. Unde Authentica, *incestas. C. de inc. nupt.* prope ad eamdem summam. Sunt autem incestæ nuptiæ, quæ inter parentes et liberos contrahuntur in universum: item quæ inter cognatos, et affines secus, quam licere supra diximus. Interdum illicitæ nuptiæ adulterium adjunctum habent. Quod accidit in polygamia. Eam enim quæ duobus maritis se junxit, necesse est cum posteriore adulterium committere, quia priori nupta est, posterior autem non est ejus maritus. Etiam id conjugium, quod initur inter Christianam et Judæum, inter Christianum et Judæam, in ea caussa habetur, ut placeat adulterii commissi vicem obtinere, cujus accusatio sit publica. Sic enim cautum est *L.* 5. *C. de jud. et cœl.* Quæ cum accident, succedet nimirum pœna gladii constituta lege Constantini, *L. quamvis, C. de adult.*

CAP. XX.

Inter quos nuptiæ contrahi possunt, inter eos solo consensu contrahi. Quis hic consensus legitimus.

Nuptias solo consensu contrahi. I.
Ideo subsistere sine thori conjunctione. II.
Item sine dote. III.
Item sine ullo ritu, et solemnitate. IV.
Præterquam si ritus ad fidem et religionem nuptiarum fuerint a publica lege constituti. V.
Patris, aut avi consensus jure Romanorum civili necessarius in filiorum nuptiis. VI.
An et furiosi. VII.
An absentis. VIII.
An et præsentis, sed cum injuria inviti. IX.
Veterum Canonum cum jure civili conciliatio tentatur. X.
Illorum refellitur opinio, qui matrimonium jure civili irritum confirmari ajunt per concubitum. XI.
Emancipati liberi; virgines seu viduæ sui juris, patris consensum non desiderant in nuptiis. XII.
Hæ vero si adhuc intra annum sint quintum et vicesimum, licet emancipatæ, parentum aut propinquorum consensu opus habent. Interpretatio. L. 18. et L. 20. Cod. de nupt. XIII. XV.
Differentiæ ratio. XIV.

I. Personis nuptiarum capacibus cognitis; quod reliquum erat ad nuptias contrahendas de legitimo consensu eorum, ad quos pertinet, consideremus. Ac primum hoc statuatur, quod supra posui, nuptias solo consensu contrahi. *L. nuptias. D. de reg. jur.* Quod tamen an verum sit, quia quædam dubium faciunt, age, paucis ea removeamus. Quibus remotis tum certo id ita esse quod dixi, statuemus.

II. Tria autem sunt, de quibus jure quæri possit, num aut omnia, aut certe aliqua ad consensum in nuptiis contrahendis accedere debeant, conjunctio thori seu concubitus; dos; ritus et festivitas nuptiarum. Conjunctio thori videri possit necessaria propter finem matrimonii, cum hunc finem esse diximus, ut soboles procreetur. Hoc ergo ne nos remoretur, nominatim removetur regula juris his verbis, *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, d. L. nuptias, *D. de reg. jur. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. et dem.* Frustra additum de concubitu, nisi de hoc ipso dubitatum esset aliquando, aut certe de eo dubitari posset.

III. Quid dos, an non saltem hæc in ea caussa est, ut sine ea matrimonium consistere non possit? Nam in *L. 2. D. de jur. dot.* scriptum est reipublicæ interesse, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. Quid hoc aliud est, quam sine his mulieres nubere non posse? proinde nec sine his esse posse matrimonium? Apertius in *L. 1. D. solu. matr.* dicitur maxime necessarium esse dotes mulieribus conservari ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem. Cur ad eam rem necessarium, nisi quia sine dote sobolem honeste procreare, idest nubere et matrimonium contrahere non possunt? Sed sciamus nec dotem ad contrahendas nuptias esse necessariam. Dos quidem sine matrimonio esse non potest; *L. 3. D. de jur. dot.* at potest esse matrimonium sine dote. *L. ult.* in princip. *C. de donat. ante nupt.* Nam quod dicitur dotes mulieribus conservandas, quo nubere possint, et sobolem procreare, non ad jus referendum est, sed ad hominum uxorem expetentium morem. Et hoc est: non eo dicitur, quasi mulieres sine dote nubere jure non possint, aut quasi si quis ultro indotatam uxorem duxerit, jure matrimonium non consistat, tanquam jus dotem exigat; sed quia non possint nubere facile, non cum velint, aut cum est commodum: sæpe etiam et hoc quidem frequentius, nunquam. Quod profecto perinde est, quasi non possint. Neque tamen id jure accidit, sed hominum voluntate, et more. Inter quos nemo facile reperitur, qui ducat indotatam, propter onera summa matrimonii, quæ marito substinenda sunt. Quod si quis exsistet forte, qui indotatam ducere substineat, non tamen hoc mulieri evenerit, quia potuerit sine dote nubere, sed quia maritus hoc illi sua sponte dederit, ut faceret, quod alioqui poterat non facere.

IV. Restat ritus et solemnitas nuptiarum. At saltem sine his nuptias non fieri dixeris. Ut enim omittam, quæ de his leguntur

apud veteres; apparet certe cum ex verbis in uxore accipienda usitatis, tum ex certis locis juris, veterum hunc et solemnem morem fuisse in nuptiis contrahendis, quem ante indicavi, ut nova nupta deduceretur in domum mariti, ubi illi pro uxore tradita acciperetur. Et fuit quidem is mos talis, ut quibusdam locis declaretur ex hac deductione primum nuptias initium cœpisse, nec ante contractas videri. Loci hi sunt, *L. 5. D. de rit. nupt. L. si cui*, 19. *D. de cond. et demonstrat.* Atque hinc etiam factum, ut uxorem ducere in usu juris et veterum omnium dictum sit pro uxori jungi, et nuptias cum illa contrahere. Quem etiam morem fere apud omnes nationes observari videmus. Quid, quod festivitatis usitatæ nuptiarum ita mentio fit in *L. sancimus, C. de nupt.* ut ex ea festivitate eadem lex nuptiarum contractarum tempus æstimari velit, si quis in conditione aliqua nuptias nominaverit? Num igitur putamus hosquoque ritus ad contrahendasnuptias necessarios, ut his omissis non sint nuptiæ? Putaremus, nisi certis testimoniis, et constitutionibus id ipsum ex professo agentibus sciremus non esse necessarios, sed et sine his matrimonium consensu recte contractum intelligi. In quam sententiam sunt hi loci, *L. penult. D. de donat. int. vir. et uxor. L. si donationum, C. de nupt.* Quid ergo ad superiores illos locos respondemus? Nempe in re et voluntate certa non esse hos ritus necessarios, cum scilicet certis rebus, et minime dubiis testatum est jam nunc ita contractas esse nuptias, ut aliud non desideraretur. Quod si de voluntate contrahentium nihil amplius proponetur, quam eos velle celebrari nuptias, ibi deductionem ad nuptias pertinuisse intelligimus. Non quod præter consensum vellent veteres aliquid adhiberi amplius, sed quod intelligerent his rebus atque hoc ritu consensum declarari; ut semper in his omnibus unus et idem esset consensus. Sic et emptio contrahitur consensu. Et tamen si placeat inter emptorem et venditorem rem scriptis geri, non prius contrahitur emptio, quam scriptura confecta, et partibus approbata fuerit. *L. contractus, C. de fid. inst. Inst. de em. et vend.* in princ. Inde eveniebat, et nunc eveniet in nuptiis, ut eodem ritu adhibito, tanquam ex certo indicio nuptiarum, etiam nuptiæ contractæ arguantur. Quæ sententia est *d. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. et dem.* Sed et extranei cum alicujus nuptias futuras nominant, ad hanc solemnitatem et festivitatem cogitationem referre solent. Unde ex eorum sententia nuptiarum verbo ejusmodi solemnitatem et festivitatem Justinianus accipi voluit. *d. L. sancimus, C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, in voluntate certa contrahentium ejusmodi ritus non desiderantium: nihil eos ritus morabimur, sed statim contractas nuptias intelligemus.

V. Enimvero hoc ita erit, nisi si qui sint ritus, qui publicis legibus in nuptiis ad fidem et religionem nuptiarum sanciantur. De quo ex uniuscujusque populi legibus et moribus æstimandum erit. Quo in genere videmus apud Christianos observari antiquum, et jam olim receptum morem, ut ante quam nuptiæ contrahantur, publicæ in ecclesia denuntiationes futurarum nuptiarum per vices fiant. Quod bene et salubriter comparatum est adversus clandestina matrimonia, ne binæ nuptiæ contrahantur ab eo, qui aliam uxorem fortasse alibi habeat, aut ante aliam sibi desponderit: neve fœminæ ignaræ decipiantur ab hujusmodi impostoribus, coganturque stuprum aut adulterium in se admittere. Quæ sic facile caveri possunt, si publice aliquoties et per intervalla aliquot dierum denuntietur, quæ sint, et inter quus futuræ nuptiæ: ubi quisque de conditione personarum scire possit, et apud se aut cum aliis explorare, num quid habeat, quo intercedat illis nuptiis. Sed et obtinuit mos pius, ut nuptiæ publice contrahantur in ecclesia, ubi præeunte ministro verbi Dei publicis precibus commendentur nuptiæ Deo, ut conjugibus bene et prospere cedant. Instituto ut laudabili, ita nuptiis in primis conveniente. Nam et Dei conjunctio est, ut indicat illud Christi quod supra retuli e *Matt.* 19. *quod Deus conjunxit, homo ne separet:* et præterea nulla pars vitæ cum pluribus et majoribus difficultatibus conjuncta est, quam ea conjunctio quæ perpetua futura est, et liberis susceptis onera oneribus cumulatura, si absit benedictio Dei. Hac autem accedente, quæ conciliatur publicis precibus, nihil ea conjunctione amabilius; ad difficultates vitæ hujus sublevandas aptius; nihil denique ad omnem commoditatem et quietem honestam melius. Quid ergo de his ritibus judicandum est, et quam ad nuptias pertinere putandi sunt? Et si quid in his servari jubetur publicis legibus, sciemus eo non observato matrimonium non contrahi, ut accidit in iis omnibus, quæ fiunt lege prohibente. *L. non dubium, C. de leg.* Sin autem (1) *nulla lege publica harum*

(1) Commodissime Donellus publica legi asseverate confirmat eam vim atque aucto-

rerum observatio injuncta est. bonus quidem et honestus vir eas non omittet, quæ ad honestatem et fidem justi matrimonii ita pertinent: præsertim cum in conjunctionibus recte præcipiatur non solum quid liceat considerandum esse, sed etiam quid honestum sit. *L. semper*, 42. *D. de rit. nupt.* Verumtamen si qua necessitas, aut justa causa nos eo detruserit, ut iis ritibus uti non possimus: sciemus in eo nobis liberas esse conscientias, ac sine his contractas consensu honesto et testato nuptias justas esse. Idque etiam ex verbo Dei, quo istarum rerum observationem nullam imponi legimus. Quibus remotis jam res eo deducitur, ut certo constet quod proposui, nuptias ut aliam societatem omnem solo consensu contrahi.

VI. Sed hic diligenter videndum, quorum consensu, ut efficiatur consensus legitimus is, quem hic quærimus. In quo notandum est singulare quiddam in nuptiis præter contractus cæteros. Nam in omnibus contractibus cæteris requiritur solum consensus eorum, inter quos obligatio contrahitur. In nuptiis primum quidem ipsos consentire oportet, inter quos contrahitur matrimonium: ut nec si in potestate sint patris, patre solo consentiente obstringantur nuptiis. *L. sponsalia*, *D. de sponsal.* L. nec filium, C. de nupt. *Sed hoc amplius exigitur etiam* (2) *consensus eorum, quorum sunt in potestate* L. 2. L. nuptiæ, 18. *D. de rit. nupt. Inst. de nupt.* in pr. *Nec injuria horum potius; quia ut maxime subtilitate juris etiam post nuptias contractas maneant liberi in potestate patris: tamen re vera et facto ipso, qui contraxit, quodammodo subducitur patris potestati, et transit in aliam domum.* Filius quidem, dum incipit habere uxorem, cui et natura ipsa, et nominatim verbo Dei jubetur adglutinari, ac propter hoc etiam relinquere patrem et matrem suam. *Mat.* 19. 5. incipit et habere liberos, quibus imperet. Uxor autem dum incipit esse in domo, atque in officio mariti: *L. sicut*, 48. *D. de oper. libert.* jubetur eum sequi, et ei subjecta esse, ut Domino. *Eph.* 5. 22. *Hanc subductionem potestatis paternæ injuriosam esse, eoque invito patre non esse concedendam liberis recte placuit.*

VII. Quod tamen non esse perpetuum. Hactenus enim æquum visum est consensum parentis exigi, dum ne justa aliqua caussa suadeat eum non desiderari. Quod tribus casibus accidit. Primus est, si parens furiosus sit, aut mente captus. Frustra enim expectetur consensus ejus, quem constet natura consentire non posse. *L. si nepos*, 9. *D. de rit. nuptiar. L. si furiosi*, *C. de nupt.* Hic tamen injicitur temperamentum liberis furiosi nuptias contracturis, ut si quidem pater, cujus in potestate est filius, furiosus sit, adhibeatur avi auctoritas; quanvis uxorem ducturus non sit in ejus avi potestate, puta ex emancipato natus. Aut si furiosus sit avus, cujus in potestate est nepos uxorem ducturus, adhibeatur auctoritas patris, quanvis filius nun sit in ejus potestate, quoniam furore

ritatem in constituenda solemni contractus matrimonii forma, ut hac minime custodita, nullum contrahi possit, et appellari matrimonium. Sed quam ille dissimulat, aut ignorat in rem nostram, liceat Catholico cuique publicam ejusmodi legem agnoscere et revereri eam: quam et antiqui Ecclesiæ Canones, et novissime Tridentini Patres sancivere gravissimo illo decreto: quo, ut permultis animarum at Christianæ Reipublicæ damnis, et Sacramenti violationi præterea occurrent, liberiores Christianorum conscientias, tanquam validiore fræno cohibuere: dum jussere contractum matrimonii nullum et per se irritum esse, nisi contrahentium consensus esset coram Parocho et duobus testibus aperte declaratus. Quorum de auctoritate et totius Ecclesiæ potestate in his quæ ad Sacramentorum administrationem pertinent, nefas Catholico viro dubitare. Vid. Concil. Trident. *Sess.* 24. *Cap.* 1. *de Reform.* Cl. Laurent. Berti *Lib. cit. Cap.* 7. *Prop.* 2. Emman. Gonzal. *in Comment. Cap.* 3. *de Cland. desp.* Van-Espen. *Jur. Eccl. Univ. P.* 2. *Tit.* 12. *Cap.* 5.

(2) Patris Consensus in filiorum nuptiis est honestatis dumtaxat, ut nostri loquuntur, non necessitatis; et a filiis ex officio pietatis impetrandus, non jure summo. Quare inutilem, meo quidem judicio, operam sumit Donellus, dum hic patriæ Romanorum potestatis jura tueri, eique proinde uti bono ac æquo, seu natura fundatæ injuriosum esse liberum in filiis nuptiarum votum conatur ostendere. Illam namque immodicam potestatem ex jure civili totam, non a jure naturæ aut divino profectam nemo sit illorum, qui de jure naturæ aut divino scripserunt, quin libere affirmet, et profiteatur. Æquissimo igitur atque optimo jure Tridentini Patres potestatem illam patriam a filiorum cervicibus, uti liberæ nuptiarum optioni contrariam repellunt; qui etsi matrimonia invitis parentibus contracta, qua parte filiorum officio, et debito parentibus obsequio contraria, detestantur: ea nihilominus et jubent esse rata; et a parentibus irrita effici, nullo modo posse, severissima proposita sanctione decernunt. Vid. Concil. Trident. *Sess.* 24. *Cap.* 1. *de Reform.* Emman. Gonzal. *in Comment. Cap.* 1. *de Desponsat. impub.* Covarruv. *de Matrim. P.* 2. *Cap.* 3. §. 8.

Parentis patria potestas in liberos non amittitur. *L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Utrum autem horum factum erit, Placet sufficere ad nuptias contrahendas. *d. L. si nepos*, 9. *de rit. nupt.* Quod si liberis unus tantum parens est is, qui est furiosus: hic fit locus ei temperamento, de quo cautum est in *d. L. si furiosi*, *C. de nupt.* Ut liberi furiosi adeant magistratum, aut Episcopum loci, quorum auctoritate et de opinione personarum; et de moderatione dotis, itemque donationis propter nuptias constituatur præsentibus curatoribus furiosi, et iis qui ex genere eorum sunt nobiliores: hac lege, ut hic gratis omnia procedant.

VIII. Secundus casus est, si ita absit pater, ut consensus ejus haberi non possit. Quod accidit, si sit captus ab hostibus; aut ita absit, ut ignoretur ubi sit, et an sit. Quo casu jus ita temperatum est de consensu patris in nuptiis, ut jubeantur liberi triennium exspectare, an pater redeat: si intra id tempus non redeat, libera his fiat potesta matrimonii contrahendi. *d. L. si nepos*, 9. §. *ult. L. si ita*, *seq. D. de rit. nupt.* Sed et intra id triennium si liberi absente patre matrimonium contrahant, placet recte contractum videri, dum eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cujus conditionem certum sit patrem repudiaturum non fuisse. Hoc in *L. si filius*, 11. *D. de rit. nupt.* Finge patrem ante discessum aut captivitatem de iisdem personis egisse; aut esse persona ex familia vel amica, vel honesta et pari, aut etiam superiori. Quales conditiones ab homine non stulto repudiari non solent.

IX. Tertius casus est, si pater præsens nuptiis filii forte aut filiæ oblatis, et quæ his placeant, repugnet injuria, quominus contrahantur. Quo casu non continuo permittitur contempta voluntate patris aut filio ducere uxorem, aut filiæ nubere: sed per magistratum, qui summam in jurisdictione potestatem habet, res transigenda est. Adibunt igitur liberi magistratum, qui si cognoverit non esse conditionem ejusmodi quæ repudiari debeat, coget patrem consentire, atque ita collocare. *L. capite* 19. *alias qui liberos*, *D. de rit. nupt.* Cogendi ratio expedita, magistratus re cognita faciat potestatem matrimonii contrahendi. Quo facto nuptiæ recte contrahentur quasi consentiente patre. Videri enim debet consentire pater qui declaratur nulla dissentiendi caussam habere. *arg. in L. dotem*, 37. *D. sol. mat.* Sed etsi invito patre id fieri quis existimet: tamen si juste possidet, qui auctore prætore possidet, ut certe possidet; *L. juste*, 11. *D. de acq. poss.* recte dicemus etiam eum recte uxorem habere, qui auctore prætore habet, si modo magistratus sententiam secundum leges tulerit, ut hic fieri modo diximus.

X. Quod si pater præsens erit, ignorante eo, aut invito secus quam diximus, nuptiæ contrahi non possunt ab iis, qui sunt in ejus potestate. Quid si contra liberi coierint? Sequitur, ut nullæ sint nuptiæ, et, ut est apud Justinianum, ut neque vir, neque uxor, neque dos intelligatur. §. *si adversus*, *Inst. de nupt.* Sic enim est, ut supra dixi, pœna generalis constituta adversus ea, quæ contra leges fiunt, ut facta pro non factis habeantur. *L. non dubium*, *C. de legib.* Non mutatur hæc sententia ne jure Pontificio quidem. Nam illa, quæ præcipue videntur adversari, plane non obstant: *C. sufficiat*, 27. *q.* 2. *C. cum caussa*, *de raptor.* In *C. sufficiat.* ita scriptum est: *sufficiat secundum leges consensus eorum, de quorum conjunctione agitur.* Recte *secundum leges:* quæ verba rem expediunt. Quis est enim contrahentium consensus secundum leges, nisi hic ipse, de quo diximus, eum scilicet contrahentes accedente consensu eorum, quorum in potestate sunt, nuptias contrahunt? Nam hunc consensum leges exigunt. *Inst de nupt.* in pr. Et quanvis non adjiceretur illud, *secundum leges;* tamen idipsum intelligi oporteret. Nam et regula juris civilis idem definitum est pæne totidem verbis, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* Et tamen hoc omnes citra controversiam ita accipiendum intelligunt: dummodo extra consensum, de quo regula complectitur, cætera interveniant, sine quibus nuptiæ ex præceptis legum contrahi non possunt; in quibus est unum de consensu parentum. Alioqui si verba captare volumus, dicendum erit solum consensum sufficere ad nuptias contrahendas etiam inter parentes et liberos. Quod est absurdum. In *C. cum caussa, de raptor.* scriptum est consensu filiæ et viri nuptias contrahi, quanvis parentes filiæ repugnent. Hoc de parentibus scriptum est generaliter. Excipitur alibi ex eo genere species parentum, nempe eorum, qui liberos in potestate habent. *Inst. de nupt.* in pr. *d. L.* 2. *de rit. nupt.* Hanc speciem ex illa generali definitione eximi oportet, quandiu nihil erit, quod refragetur; idque efficit regula juris, *In toto jure generi per speciem derogatur;* L. in toto jure. *D. de reg. jur.* Sed ne anxie laboremus in dissolvendis decretalibus epistolis Pontificum, quæ forte superiori sententiæ juris civilis adversari videbuntur: hanc re-

gulam tenere debemus in omnibus: quæ bonis legibus publicis constituta sunt, ea (3) *nullis decretis Ministrorum verbi infriugi aut mutari posse. Quiuimo ipsi Ministri in primis legibus illis bonis subjiciuutur ex præcepto Apostoli, quo jubetur omnis anima subjecta esse potestatibus supereminentibus: et adjicitur Dei ordinationi resistere omnem, qui se potestati et magistratui opponat.* ad Rom. 13. *Quod præceptum aliis tradens Apostolus in primis sibi ipsi dixit, et præcipue ad se pertiuere osteudit, ut in eo observando aliis exemplo suo prælucerel. Ergo et eum dicit resistere Dei ordiuatioui, qui se opponit Magistratuum et Principum bonis legibus, quæ scilicet aut verbo Dei consentiant, aut non adversentur. Nam in legibus est imperium et auctoritas Magistratus. At lex de consensu pareutum adhibendo iu nuptiis liberorum qui in potestate sunt, non modo non pugnat cum verbo Dei, sed etiam prope videtur ex eo verbo expressa. Nam lex Dei vetat uuuquam suum adimi illo præcepto.* Non furtum facies: *Jam autem dixi nuptiis quodammodo liberos subduci potestati patris. Præterea eadem lex superior, quæ est de parentum consensu, pertinet ad honorem pareutibus debitum his asserendum. Hic honos inter ea præcepta divinæ legis, quæ sunt de proximo, primo præcepto sancitus est,* Honora patrem et matrem. *Quare legem superiorem de consensu parentum aut voluerunt mutare Pontifices, aut si voluerunt, certe non potueruut. At enim Christi præceptum est* Matt. 19. *quod Deus conjunxit, homo ne sejungat. Sed ut jam admonui, non intelliguntur conjungi a Deo, qui adversus bonas leges, id est adversus ipsam ordinationem Dei, ut vocat Apostolus, conjuuguntur. Vel ut verius dicam, qui junguntur adversus ipsissimum illud præceptum Dei,* honora patrem et matrem. *Manebit igitur sine consensu parentum, quorum in potestate sunt, qui contrahunt, nuptias contractas non esse nuptias, sed illicitam conjunctionem.*

XI. Quid tamen, si concubitus sit secutus? Sunt, qui putent confirmari prius matrimonium, moti verbis *C. cum multa, de raptor.* Quia illic dicitur, post matrimonium carnali copula perfectum, uxorem corporis sui potestatem non habere: quasi matrimonium quod ante non valuit, carnali copula secuta incipiat valere. Sed neque id verba superiora significant, et sententia per se non solum falsa est, sed etiam absurda. Falsam quidem esse, si nihil aliud, certe responsum Pauli non obscure probat, quod extat in *L. Paulus respondit. D. de stat. hom.* Sic ait: *eum qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiæ conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.* Si non est justus filius, qui ex hac conjunctione natus est, non fuerunt hæ justæ nuptiæ. Quoniam ex justis nuptiis nasci non possunt, nisi justi liberi, id est ii, qui sint in potestate patris, aut avi. *Inst. de patr. pot.* Cum autem loquitor Paulus de eo, qui ex eadem illa conjunctione natus est: satis declarat ne concubitu quidem secuto nuptias illas illicitas confirmatas fuisse; cum sine concubitu liberi exsistere non potuerint. Quod si res ratione pen-

(3) In Canonum explicatione, qui patriam Romanorum potestatem convellunt et eliminant a nuptiis, dum minus sibi placet Donellus, eo venit audaciæ Calvino usus præceptore, ut Canonum conditores per summum dedecus et contumeliam e gradu dejiciat, et tamquam paros putosque verbi Dei præcones et ministros producat. At quam injuria, quam temere, nemo non videt qui et sacrarum literarum et Ecclesiasticæ antiquitatis sit vel mediocriter peritus. Cum et divini juris, et omnium qui illud interpretantur veterum patrum et Theologorum testimonio receptum sit, D. Petro, ejusque successoribus Romanis Pontificibus legum ferendarum in iis quæ sacrorum religionem et animarum salutem spectant, summam a Christo Domino traditam potestatem. Bellarm. *de Rom. Pontif. Controv.* 3. *Lib.* 4. *Cap.* 15. Dionys. Petav. *de Eccles. Hierarch. Lib.* 3. *Cap.* 14. *et seqq.* Et matrimonii contractum ad Sacramenti dignitatem a Christo Domino evectum Catholicorum nemo dubitet. Hinc facile apparet quam merito, et jure suo conditores Canonum Romani Pontifices, et Tridentini Patres rata esse voluerint adversus Romanas leges filiorum matrimonia contracta parentibus invitis. Qua in re, ut de illorum potestate modo taceam, si recta ratio et divina auctoritas consulatur: nihil decrevere quod non sit et naturali et divino juri probatum quammaxime; ut omnes qui de jure naturæ aut divino scripsere (quod sæpius dicere necesse est) consentiunt viri doctissimi Summa iden Donelli confidentia, qui Romanarum legum obedientiam velit impositam Romanis Pontificibus D Pauli testimonio, quo iniquissime, et Calvino præceptore pejus abutitur. Bellarm. *Loc. cit.* §. *sextus locus est.* Nec melius fere atque felicius aliis duobus utitur in rem suam testimoniis scripturarum: quorum alterum, ut ex superius dictis apparet, nihil pertinet ad rem; alterum parentibus ubique deberi reverentiam ut in omni re, sic in nuptiarum ineundo fœdere jubet quidem: at cui naturalis et divini juris interpretum probabit Donellus hoc filiorum in parentes officium, ex Romani juris necessitate concludi?

ditur, reperietur sententia istorum contraria non tantum falsa, sed etiam absurda. Argumenta hæc sunt. Primum absurdum est eum, qui peccavit, ad eam rem confirmandam in qua peccavit, novo peccato adjuvari. Quinimmo cum lex sit delictorum coercitio, *L. 1. D. de leg.* quo plura et contumacius quis delinquit eo majore odio et pœna dignus est. At peccat filius tunc, cum ignorante aut invito patre, cujus in potestate est, nuptias contrahit: facit enim contra præcepta legum. Idem cum in eadem conjunctione citra voluntatem patris perseverans addit concubitum, is peccatum prius novo peccato cumulat. Nam et hic contemptus voluntatis paternæ idem est, et ipse concubitus extra justas nuptias non potest, quin sit illicitus. Absurdum igitur eum hoc concubitu ad stabiliendas nuptias illicitas adjuvari. Sit et hoc argumentum. Quæ ab initio illicitæ nuptiæ fuerunt, necesse est perpetuo ita sint, nisi aliquo facto postea confirmentur At plusquam absurdum est dici re illicita et quæ per se non valet, aliam et præsertim illicitam confirmari. Nam quomodo potest res ulla alteri rei dare, quod ipsa in se non habet? non potest, *arg. in L. nemo plus. D. de reg. jur.* Illicitæ autem nuptiæ sunt, quæ sine consensu patris, qui filium in potestate habet, sunt contractæ; illicitus et is concubitus, qui præter ejusdem patris voluntatem secutus est. Absurdum sit igitur dici, quæ nuptiæ ante illicitæ fuerunt, concubitu isto illicito secuto fieri licitas. Postremo *quæ res hic ab initio injustas nuptias faciat, spectandum est. Hæc* (4) *caussa est. Quod nuptiæ contractæ sunt invito aut ignorante patre.* Necesse est igitur quamdiu hæc caussa perseverabit, prohibitioni et pœnæ legis locum esse. Atqui concubitus invito et ignorante patre secutus tantum abest, ut caussam istam prohibitionis mutet, ut novo delicto et contumacia etiam augeat. Quapropter non potest dici nisi absurde, caussa prohibitionis manente prohibitionem legis perseverare ad infirmandas nuptias: eadem caussa novo delicto conduplicata legis prohibitionem cessare et fieri licitas nuptias. Denique si simpliciter dicendum est, neque consensus, neque concubitus per se, neque etiam hæc conjuncta nuptias faciunt, nisi, secundum præcepta legum contrahentes coeant. *Inst. de nupt.* in pr. In his autem præceptis est unum de consensu parentum adhibendo, quorum in potestate sunt liberi. Adversus quod faciunt, qui sine horum consensu nuptias contrahunt: neque hoc mutant, qui sine eorundem consensu concubitum adjiciunt. Proinde utcumque liberi id faciant, nuptiæ non erunt: quia semper verum sit hoc modo adversus superius præceptum factum esse. Non obstat, quod in *d. C. cum caussa. De raptor.* dicitur, matrimonium carnali copula perfici. Dictum enim id est de matrimonio, quod ab initio valuit, ut vere contractum diceretur: sed quod contractum tunc recte dicatur plene perfici, cum superior copula secuta est. Quomodo emptionem perfectam dicimus, cum pure de re vendita et pretio convenit, dum scilicet obligationem spectamus, quæ tunc vere contracta est. *L. necessario, D. de peric. et com. rei vend.* Eandem rursum dicimus impleri et perfici, cum res traditur: dum hic non obligationem, sed obligationis effectum consideramus. *L. si quis alienam.* 46. *D. de act. empt.*

XII. Quid, si liberi parentes habebunt, sed quorum in potestate non sint, vel quia sint emancipati, vel quia eos habeant, quorum potestas nulla est in liberos, ut matrem, avum maternum, et similes? Et animadvertendum est hic aliud servari jure civili in filiis, aliud in filiabus. Filius qui sui juris est, etiam sine consensu patris multoque magis matris, uxorem ducere potest. *L. filius emancipatus.* 25. *D. de rit. nuptiar.* Nihil contrarii est in *L. viduæ.* et *L. in conjunctione, C. de nupt.* in quibus et patris, qui filiam in potestate non habet, et matris consensus exigitur. Nam illæ diserte scriptæ sunt de filiabus, quod jus ad masculos non pertinet, ut mox dicetur. Si filia est, et annum vicesimum quintum excessit, eadem in hoc sexu atque ætate libertas matrimonii contrahendi, quæ in filiis emancipatis, ut sine consensu perentum, quorum in potestate non est filia, recte nubat, sive sit vidua, sive virgo. Id ostendunt *d. L. viduæ.* et *d. L. conjunctione, C. de nupt.* Nam cum his locis vetentur nominatim minores annis viduæ et virgines sine consensu nubere; satis intelligitur, cæteris quæ eam ætatem excesserunt, quibus id ademptum non est, liberum relictum videri. *Arg. in L. qui testamento,* 20. *§. mulier, D. qui test. fac. non pos. L. mutus;* 43. §. 1. *D. de proc.* Quod si filiæ consistent intra vicesimum quintum annum hæ sine consensu parentum, etiam quorum in potestate non sunt, nuptias contrahere non possunt. Confirmat Accursius in supra scriptis omnibus locis, in quibus de hoc consensu agitur.

(4) *Vid.* 2. et 3. Not. *hujus* Cap. ibique notata.

XIII. Dissentiunt cæteri, existimantes quod contra scriptum videtur in *L. viduæ*, et *d. L. in conjunctione*, consilium esse, non præceptum. In quo si dicendum est quam mollissime, nihil aliud dici potest, quam eos non satis attente legisse aut expendisse locos illos, quibus aperte contra constitutum est. In *L. viduæ*, nominati prohibentur viduæ etiam emancipatæ, ne in secundas nuptias (nam viduæ in alias non possunt) conveniat sine patris sententia, idest sine arbitrio et voluntate, et explicatur in *d. L. conjunctione*. Proinde si sine voluntate patris nuptias contraxerint, contra legem faciunt. Nam contra legem fit, cum id fit, quod lex prohibet. *L. contra, D. de legib.* Quidquid autem contra legem, nulli momenti, et pro non facto est, *d. L. non dubium, C. de legib.* Ergo et ejusmodi nuptiæ pro infectis, idest nullæ. Hoc amplius adjicitur in *d. L. viduæ*, si plures conditiones offerantur filiæ. Filia unam probet, pater aliam. Et ita in eo delectu mulieris voluntas repugnet patris sententiæ, placere habendo examini adjungi auctoritatem cognitionis judicariæ. Non est hic consilium, sed jubetur adjungi auctoritas magistratus. Quod plane eam significationem habet, ut nisi magistratus re cognita quid filiæ expediat, potestatem ei fecerit cum maritum sequendi cui pater repugnat, filia ei nubere non possit. Nam si per se sola posset maritum sequi quem vellet, frustra ad eam rem requireretur auctoritas judicis. Et quod de viduis minoribus initio illic scriptum est, idem paulo post dicitur sancitum esse in virginum conjunctionibus. Sancitum merito: minus enim juris est virginibus, et plus pudoris, quam viduis, quæ jam ante aut matres factæ sunt, aut ita nupserunt, ut matres fieri possent. Idem costitutum in *d. L. in conjunctione, de nupt.* ubi hæc verba sunt. *Si sui juris puella sit intra quintum et vigesimum annum constituta, ipsius quoque* (patris) *assensus exploretur.* Cum alicubi jubetur explorari voluntas aut consensus alicujus, id eo pertinet, ut sine ejus consensu nihil agatur, *L. in adoptionibus, 5. D. de adopt.* Ibidem adjicitur et de matris consensu, ut si puella *patris auxilio destituta sit, matris et propinquorum, et ipsius quoque requiratur adultæ judicium* idest voluntas. Jubentis hæc sunt, sine dubio, non consulentis. Nam primum imperandi verbo ait lex, requiratur judicium. Deinde vult eodem complexu orationis requiri matris judicium pariter et filiæ. At constat sic filiæ consensum requiri, ut sine eo nullæ sint nuptiæ. *L. sponsalia, D. de spons.* Idem igitur eodem verbo in persona matris exigi intelligamus, ut sine eo filia minor nubere non possit.

XIV. Nihil hic adversatur, quod de filio emancipato ante diximus ex *L. filius emancipatus*, 25. *D. de rit. nupt.* filium emancipatum etiam sine consensu uxorem ducere posse. Apparet enim his locis consulto distinctos esse in hac conjunctione masculos a fœminis, et in fœminis ipsis aliam caussam habitam esse minorum, aliam majorum. Si quis differentiæ rationem requirit, complures reddi possunt. Primum illud certi juris in multis juris nostri articulis deteriorem esse conditionem fœminarum, quam masculorum *L. in multis, D. de stat. hom.* Quo in numero hanc distinctionem haberi oportet. Præterea hoc jus in virginibus et viduis minoribus multa suadent præter honorem parentibus debitum: pudicitia sexui congruens ut ei tribuitur in *L. 1. §. 2. D. de post.* cui non convenit in illa ætate maritum repetere pro libidine, sed recte oblatum sequi auctoribus iis, qui in rem ejus melius consulunt. Deinde imbecillitatis duplex, sexus et ætatis. Sexus; propter quem fœminæ etiam majores juvantur senatusconsulto intercessionibus, *L. 2. §. 1. D. ad sen. Vell.* Ætatis, propter quam omnibus minoribus lapsis succurritur. *L. 1. D. de min.* Non eadem sunt in masculis quamvis ætate minoribus. Ideo non mirum si hæ personæ in hac re ita distinguantur.

XV. Adversus has leges si nubet filia, probandum est in ea conjunctione, quæ fiat contra præcepta legum, *eundem* (5) *exitum esse nuptiarum, quem esse diximus, cum liberi adversus eadem præcepta coeunt sine consensu parentum, quorum sunt in potestate.* Atque hi sunt, quorum consensus in nuptiis contrahendis exigitur. Qui cum intervenerit, hic demum est consensus legitimus, quem hic quærimus, idem ille, quo nuptiæ perfici dicuntur regula juris *d. L. nuptias, D. de reg. jur.* Et recte dicuntur, dum de consensu solo quæritur, non de personis contrahentium, de quibus ante diximus.

(5) Hoc utique de jure civili; sed contra decernitur a jure canonico, qui omnino statu[illegible] dum est. Vid. hujus Cap. 2. et 3. Notas et quæ ibi sunt adnotata.

CAP. XXI.

Nuptias sic contractum esse, ut quemadmodum ex reliqua societate inter socios, sic ex nuptiis inter virum et uxorem rerum communicatio, et obligatio mutua nascatur. Quæ hæc communicatio, quæ obligatio, et quas præstationes hæc habeat. Quæ harum obtinendarum ratio et actio.

Ex nuptiarum contractu veram oriri obligationem. I.
Eamque positam in perpetua vitæ consuetudine, et in officiorum conjugalium mutua præstatione. II.
Perpetua vitæ consuetudo quo jure constituta inter conjuges; et quatenus eam retinere cogantur, si renuant. III.
Qui a conjuge divertens, alii se conjungit, adulterii crimen et pœnam incurrit. IV.
Mutui conjugum officii præstatio aut in corporum, aut rerum conjunctione consistit. V.
Conjunctio corporum divino nuptiarum instituto maxime consentanea; quomodo fovenda. VI.
Quæ sacrorum communicatio conjugibus apud Romanos. VII.
Communio rerum inter conjuges implicatior, posita in dignitate mariti et in externis conjugum bonis. VIII.
Qualis in dignitate seu statu mariti IX.
Item quæ uxoris, seu mariti communio in externis utriusque bonis. X. XI.
Alimenta vir inopi uxori, et uxor inopi marito præstare debet: et quare. XII. XIII.
A quo cogendi, si officium deserant XIV.
Propria uxoris præstatio, obsequi viro, XV.
Nulla nec divino nec civili jure viro permittitur uxoris verberatio. XVI.
Sed inobsequenti uxori præmittenda monitio, et contumaci alimentorum neganda præstatio. XVII.
Contrariis occurritur. XVIII.

I. Nuptiis contractis inter quos, et quo consensu fieri oportert, quibus de rebus diximus; deinceps de obligatione hujus generis, si modo est aliqua cognoscendum est. Et si nuptiæ sunt societatis species, si denique sunt contractus, ut esse diximus: etiam perfectæ suam obligationem habent, quæ inde nascatur. Sic enim ex contractu dicitur nasci obligatio, in §. *ult. Inst. de obligat.* ut hac caussa posita necesse sit effectum sequi, obligationem. Et retro hoc eveniat, ut detracta alicui obligatione, inde quoque contractus recte removeatur. Ergo ne quid hic desit ad contractum huic generi recte tribuendum, etiam ex hoc contractu obligationem esse, et quæ sit, quidve contineat, doceamus. Idque eo diligentius, quod ut supra dixi, plerique ex nuptiis ullam obligationem nasci negent. Quo posito recte concluditur nuptias contractum non esse. Id autem sic efficiunt. Quærunt enim, quæ res subsit in hoc contractu, siquidem ita appellare liceat, quam inter conjuges præstari necesse sit. Et recte quærunt. Nam sine re, quæ ab uno solvi alteri et præstari debeat, nulla est obligatio: si quidem ea recte definitur, vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. *Inst. de oblig.* in pr. Sed et obligationum substantia in eo consistere dicitur, ut alium nobis obstringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præstandum, *L. 3. D. de obl. et act.* Quærunt ergo, ut dixi, ubi et quarum rerum sit ista præstatio. Quam quia negant se ullam hic videre, ideo hinc ut obligationem sic et contractum removent. Nos ergo et hoc doceamus, veram hic obligationem contrahi, idque vel hoc ipso, quod obligatio sit ad aliquid faciendum, præstandum; et ab hac præstatione non tantum obligationem hic subesse, sed etiam obligationis genus agnoscamus.

II. Est vero inter conjuges mutua obligatio nuptiarum nomine ex consensu suscepta, non aliter quam inter rerum socios hujus ipsius societatis jure. Consistit ea obligatio duobus his in rebus summis: in convictu interiore, eoque perpetuo, et in officiorum conjugalium mutua præstatione. Primum nuptiarum munus et finis est, ut sit inter conjuges convictus idem, quem nostri vitæ consuetudinem et consortium vitæ appellant, *Inst. de patr. pot.* in pr. *L. 1. D. de rit. nupt.* Finis eo pertinens, non ut in eo consistatur, sed ut sit ab initio constitutum id, ex quo cætera officia conjugalia sequuntur, de qui-

bus mox. Neque hic convictus, atque hoc consortium vitæ per nuptias constituitur ad tempus; sed hoc agitur, ut consortium sit perpetuum, nec unus unquam ab altero discedat. De qua perpetuitate satis diximus in definitione nuptiarum supra hujus *Lib. C.* 18.

III. Et ut hic jure civili deficeremur, quod secus est: tamen ea indivulsa et perpetua conjunctio, satis jam tum monui, statuitur verbo Dei. De qua sic Christus *Matt.* 19. 4. 5. 6. *Non legistis opificem ab initio fecisse masculum et fœminam: et dixisse, propter hoc relinquet homo patrem et matrem suam, et adglutinabitur uxori suæ: et qui duo fuerant, erunt una caro? Itaque non amplius sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit, homo ne sejungat.* Clarius etiam Paulus in hanc sententiam 1. *Cor.* 7. 10. et 11. ita præcipit: *uxor a viro ne discedito: et vir uxorem ne dimittito.* Quod cum tam aperte jure divino sancitum sit, sciamus adversus id nullas leges humanas valere. Ita plane hoc jure conjunctionem hanc atque hanc consuetudinem vitæ fieri eam quam Justinianus dicit, individuam: quam Martianus vocat *consortium omnis seu totius vitæ.* Nec minus eodem jure efficitur, maritum obligatum esse uxori, et uxorem marito ad hanc consuetudinem, et conjunctionem vitæ invicem præstandam. Satis enim obligamur ad aliquid præstandum, cum jure præstare jubemur. *L. obligamur*, 52. *D. de obl. et act.* Quod si hic quæritur, quæ sit res, quæ hic præstari debeat, et quæ sit necessitas præstationis, quorum utrumque obligationis definitio exigit: *Inst. de obl.* in pr. Utrumque in promptu est. Res præstanda est factum illud, quod alterum alteri in hac re præstari oportet: Id autem est, ut si alter ab altero discedat, ut seorsim abeat: hic uxor ad maritum redire, et maritus uxorem ad se recipere debeat. Scimus autem obligationem non tantum in eo esse, ut quid detur, sed etiam ut quid fiat, ut in omni versetur aut res, aut factum. *L.* 3. *D. de obl. et act.* §. *ult. Inst. de verb. oblig.* Necessitas autem hujus præstationis hæc, ut uterque alteri superiora præstare per (1) magistratum cogatur. Nam et alias, cum jubetur pater, filiam quam in potestate habet dotare, adjicitur, si id non faciat, nullam quidem ordinariam de eo inter tam conjunctas personas actionem esse: sed tamen patrem per proconsules, præsidesque provinciarum cogi dotare, *L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.* Quod et in hac specie probandum est, ne frustra jus istam consuetudinem exigat. Quæ ergo hic cogendi ratio? Utetur nimirum magistratus remediis suis ad cogendos inobedientes cives comparatis. Jubebit eum eamve, qui, quæve discessit, ad conjunctionem veterem redire. Nisi paret, multam dicet, pignora capiet, et distrahet. Quæ dicuntur esse remedia prætoris ad aliquem cogendum, in *L.* 1. §. *ex hoc rescripto*, in fin. *D. de insp. ven.* Quod si is, cum multa dicetur, nihil habeat in bonis, faciendum est, quod adversus debitores, qui solvendo non sunt, fieri solet. In carcerem ire jubendus est, ut non prius illine discedat, quam aut paruerit jussui magistratus, aut bonis omnibus cesserit. *L.* 1. *C. qui bon. ced. pos.* Ergo jam saltem in hac parte nuptiis obligationem inter conjuges contrahi fateri cogemur. Ut si nulla hic alia obligatio esset, tamen satis sit ad efficiendum hoc genere societatis obligationem inter socios vitæ contrahi, ut proposuimus.

IV. Atque hæc etiam tunc pœna est, cum nihil amplius quam uxor a marito, aut maritus ab uxore discessit, neque aut illa nubit alii, aut hic aliam sibi adjungit. Quod si qui discessit, alii se adjunxerit hic nascitur nova pœna. Sic enim alio consorte uti non licet, ut qui uti cœperit, adulterium committat. Quod jam ad pœnam legis Juliæ de adulteriis pertinere incipit. De quo ita Christus *Matt.* 19. 9. *dico autem vobis, quicumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, cum mœchari: et qui dimissam duxerit, mœchari.*

V. Parum esset convictus, et conjunctio vitæ superior inter conjuges, si nihil aliud in eo, quam consuetudo vitæ quæreretur. Nam et amici eodem convictu, dum vivunt, uti possunt. Qui tamen ab ea conjunctione quam in nuptiis quærimus, multum absunt. Res ergo in nuptiis progreditur longius. Ideo, inquam, in illis convictus hic et consortium vitæ initio statuitur, ut sic deinde sequan-

(1) *Cap.* 1. *in fin. de sponsal. Cap. litteras* 13. *de restit. spoliat.* Beust. *de Matrim. C.* 65. Covar. *P.* 2 *C.* 7. *n.* 1. Mozz. *de matrim. Cap. Quæ actio pro matrim.* Cum enim ex latere sumpta sit uxor, eam a latere discedere non oportet. Unde et vir illam adjecta caussa vindicat, arg. *L.* 1. §. 2. *de R. V.* Covar. *d. C.* 7. *n.* 3. Mauser. *pag.* 325. Beust. *C.* 66. *p.* 223. Cumque hoc factum æstimationem non recipiat, præcisa hæc obligatio. Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 63. Ac desertio caussam præbet divortio, de quo Beust. *C.* 26. *et* 2. *seqq.* Reusner. *Lib.* 3. *Decis.* 8.

tur officia vere conjugalia, quæ sine hoc convictu et consortio existere non possunt. Officiorum conjugalium quædam amborum conjugum communia sunt: quædam unius ex conjugibus propria. Communia voco, quæ utrique ab altero pariter et vice mutua debentur. Ea sunt duo: conjunctio corporum, et rerum omnium, seu, ut loquitur Modestinus, divini et humani juris communicatio.

VI. Conjunctio corporum maxime nuptiarum propria; utpote cujus præcipue caussa nuptiæ constitutæ sint; ad sobolem scilicet procreandam, replendamque liberis civitatem, ut Pomponius loquitur *L. 1. D. sol. mat.* vel verius ad tuendum propagandumque humanum genus, alioqui brevi interiturum. Quam conjunctionem ne quis tanquam parum castam, aut homine Christiano parum dignam superstitionis errore damnet, aut de ea minus recte sentiat, verbo Dei serio sancita est, atque adeo utrique conjugum postulante altero injuncta. Jam supra verba Christi retulimus ex *Matth. C.* 19. quæ id aperte declarant. *Non legistis*, inquit, *opificem ab initio fecisse masculum et fœminam, et dixisse, propter hoc relinquet homo patrem et matrem suam, et adglutinabitur uxori suæ: et qui duo fuerant, erunt una caro? Itaque non amplius sunt duo, sed una caro.* Apertius Apostolus de hac conjunctione scribens 1. *Cor. Cap.* 7. vers. 3. 4. 5. *uxori*, inquit, *vir debitam benevolentiam reddat: similiter et uxor viro. Uxor proprium corpus non habet in potestate, sed vir. Similiter autem et vir proprium corpus non habet in potestate, sed uxor. Ne fraudate alius alium.* Quid ergo, si alter alteri hanc corporis potestatem deneget? Hic jam certe civilis actio, aut ratio per magistratum cogendi recusantem nulla occurrit: non quia jus deficiat, sed quia probatio. Nam neque hoc fert conjugum pudor, ut privata ejusmodi, et quæ natura secreta esse voluit, palam efferre soleant: nec si unus se fraudari queratur; altero negante, facile hic quidquam probari potest. Ideo res hæc tota conjugibus amore et benevolentia, non jure judicioque tractanda commissa est: certe de eo nullam actionem proditam legimus. Tantum utrique videndum est, quid hic verbum Dei jubeat, et reputandum in eo mandato satis necessitatis utrique imponi, quo alter alteri in eo satisfacere debeat; sciatque nisi fiat, impune non futurum.

VII. Rerum atque adeo juris omnis tum divini tum humani communicatio tribuitur nuptiis a Modestino in *L. 1. D. de rit. nupt.* Quo significatur, nihil esse conjugum neque sacris neque profanis in rebus, quod contractis nuptiis non fiat inter eos commune; aut usu postulante non fieri debeat, si quid nondum in eam communicationem venerit. Quod et ipsum in societate rerum fieri animadvertimus, eum societas universorum bonorum contracta est et de horum communicatione agitur. Ut appareat hanc communicationem propriam esse societatis. Sed quam vere superius utrumque tribuatur nuptiis, videndum est. Et quod de divino jure dicit Modestinus, bene (2) Franciscus Duarenus in definitione nuptiarum de sacris privatis Paganorum accepit, quæ domi sibi quisque et familiæ suæ habebat, dum (3) venerabantur suos Deos lares. Horum sacrorum etiam uxor fiebat particeps, quippe vitæ ac totius domus socia, ut est in *L. adversus, C. de crim. expil her.* Nobis verbo Dei doctis, et vera religione imbutis nihil est in sacris divinum, nisi cultus veri Dei verbo ejus patefactus. Hunc autem esse dicimus, quem Christus nobis præscribit *Joan.* 4. his verbis: *venit hora, et nunc est, cum veri adoratores adorabunt Patrem spiritu et veritate. Etenim Pater tales quærit, qui ipsum adorent. Deus est spiritus, et qui adorant eum, oportet, ut spiritu et veritate adorent.* Hunc vero spiritum largitur Deus; a privatis (4) nulli communicatur. Preces quidem domi in commune fundi possunt: sed nihil hic proprium conjugii. Omnium hoc Christianorum exercitium est: ad quod non minus proximi alii admitti possunt, quam uxor et reliqua familia. Sed et hic nihil communicatur aliis, nisi vox preces concipientis. Pietas vero et religio mariti et uxoris ejusmodi res sunt, quas ne

(2) *Ad Rub. sol. matrim. tit. de Nupt. C.* 1. et A. Gent. *Lib.* 2. *C.* 19. De quibus sacris privatis Cic. 2. *de LL.* Plin. *in Panegyr.* Valer. Max. *Lib.* 2. *C.* 1. Hinc in familiam adscitus in sacra transire dicitur, Val. *Lib.* 7. *C.* 7. Et filiusfamilias in sacris esse dicitur, et e sacris dimitti ac absolvi, cum e potestate exit, in pluribus *LL.* a Duareno citatis.

(3) Quos et Fatales Genios vocabant, vid. Eryc. Putean. *Lib. genial. Serm. pag.* 22.

(4) Cyp. tamen *de Matr. C.* 2. §. *un. n.* 7. id non absurde nostris moribus ad hujusmodi jura referri, ut eidem parœciæ subsit uxor, in eadem æde sacra orandi, conciones frequentandi, Sacramentis utendi, itemque sepulcrorum ac aliorum commodorum jus habeat, a quo non alienus est Alb. Gent. *Lib.* 2. *C.* 19.

Ethnici quidem existimarent cuiquam communicari posse. Doceri possunt: infundi aliis non possunt. Deus est qui Spiritu suo mentes nostras et voluntates movet, ut quæ recta sunt, libenter audiamus, audita ex animo amplectamur, iisque adhæreseamus.

VIII. De rerum communicatione inter conjuges jus obscurius: cum potius toto pene civili non aliud occurrat, quam et maritum rerum suarum dominium solidum retinere non solum soluto matrimonio, sed et constante: eodemque modo et uxorem. Dotem ipsam, quam ab uxore maritus accipit, nihilominus constante matrimonio, ita habet, ut solus vindicet, quidquam juris in ea uxor sibi arroget. *L. doce, C. de rei vind.* Quanto magis quæ ipse prius habuit, nec ab uxore accepit, retinet? Unde et si quas res mariti constante matrimonio uxor amovit, eas heredes mariti ab ea vindicant. *L. adversus, C. de crim. expil. her.* Quo jure, nisi quia maritus prius earum solus dominus fuit, in quod jus heredes successerunt? *L. cum heredes, D. de acq. her.* Ipsa adeo uxor, quæ sua in dotem non dedit, quæ parapherna dicuntur, ea etiam constante matrimonio ita retinet, ut ipsa prohibente omnis in his potestas et administratio marito denegetur. *L. hac lege, C. de pact. conv.* Quæ certe omnis juris communicationi, quam Modestinus nuptiis tribuit, convenire non videntur; cum in communicatione bonorum, quæ fit inter socios, hoc accidat, ut omnis res, quæ coeuntium sunt, continuo communicentur non secus, quam si specialiter traditio intervenisset, ut inter rerum socios fieri supra diximus. *L. 1. §. 1. L. 3. D. pro soc.* Sed ne his rebus adversus superius dictum Modestini moveamur, etiam inter conjuges hanc rerum communicationem intervenire reperiemus. Ac de mariti rebus prius videamus. Et quæ maritus habet, ea versantur aut in dignitate et conditione personæ, aut in bonis externis.

IX. In conditione personæ hanc communicationem agnoscere promptum est. Nam si qua est mariti dignitas, si qua prærogativa, ejus statim fit (5) uxor particeps, et quidem ipso jure. Utpote, fœminæ nuptæ clarissimis viris, veluti senatori, clarissimarum personarum numero habentur, eamque dignitatem non solum quandiu nuptæ sunt clarissimo, sed ab eo separatæ (6) retinent, quandiu alii inferioris dignitatis non nupserint. *L. fœminæ, D. de senat.* Ipsum etiam domicilium et forum mariti fit statim uxori commune. Quibus omnibus de rebus eum apertius et semel comprehensum sit constitutione quadam Valentiniani et Valentis. *L. mulieres, C. de dignitat. Libro* 12. verba hic adscribam: *Mulieres*, inquit, *honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus. Si autem minoris ordinis virum postea sortitæ fuerint, priore dignitate privatæ, posterioris mariti sequuntur conditionem.* Hæc illi. De dignitate et prærogativa uxoris nihil simile legimus, quia aut mulieres ex sese nullam habent, quam ideo in alios conferre non possunt; aut si quam prius habuerunt, inferioris conditionis marito nubentes (7) hanc amittunt, ut supra diximus. Nisi reginam aut principem aliquam fœminam proponas, cujus dignitas et amplitudo ab aliis non pendeat. Unde moribus nostris maritos quamvis prius privatos reginæ matrimonio junctos reges appellamus. Hæc dignitatis et conditionis communicatio non petitur ab uxore, quia fit ipso jure: ut stulte petat uxor, quod non alieno facto et præstatione, sed ipso jure statim per caussam nuptiarum sibi tributum habet

X. De bonis externis utriusque conjugis plus difficultatis. Sed tamen audeamus dicere etiam in his per nuptias statim induci horum bonorum communionem, sed quæ tamdiu duret, donec alterutrius voluntate revocetur. Mariti bona spectemus. Gordianus Imperator in *L. adversus, C. de crim. exp. hered.* diserte scribit uxorem suscipi sociam humanæ rei. Cujus rem intelligit? mariti videlicet, a quo uxor socia suscipitur. Quid est autem res mariti? Bona, facultates, patrimonium mariti. *L. nam quod.* 14. in fin.

(5) *L. ult. C. de incol.* mariti radiis coruscat *Nov.* 105. *C.* 2. *pr.* et privilegia etiam personalia illi communicantur *L.* 6. *ibi ubi una cum uxoribus C. de profess. et med.* Eadem illi reverentia quæ viro debetur *L.* 1. *C. de in jus voc.* et injuria illi facta videtur facta marito *L.* 2. *C. de injur.* etc. Vid. A. Fab. 1. *Jurisp.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 22. *et Pr.* 3. *Ill.* 18. Cupac. *Cons.* 56. *p.* 142. Georg. Acac. Kneuhol. *Lib.* 2. *de Privil. C.* 4. *n.* 30. *et seqq.*

(6) *D. L. ult. C. de incol. Nov.* 22. *C.* 36 *leg. filii* 22. §. *vidua* 1. *D. ad Municip.* Quandiu enim vidua mane durare idem matrimonium intelligitur *L. ult. Cod. de bon. mat.* A. Fab. *d. tit.* 9. *Pr.* 3 *Ill.* 19. vid. Tiraq. *de Nobil. C.* 18. *n.* 9. P. Greg. 4. *Synt.* 4. *n.* 11. *et seqq.*

(7) Unde nobilis plebejo nupta vulgaris conditionis efficitur, vid. Vaud. 2. Q. *ult.* Hinc Virginiam Auli filiam, quod patricia plebejo nupsisset, sacris Pudicitiæ patriciæ matronæ arcuerunt, Liv. *Lib.* 10. *p. m.* 498.

L. cogi, 16. in princ. *D. ad Trebell.* Ergo hoc dicit Gordianus, uxorem per nuptias fieri sociam bonorum mariti, id est participem, consortem. Id autem non aliter contingit, quam tacita communicatione, ut fieri legimus in societate rerum inter omnium bonorum socios *L.* 1. §. 1. *L.* 2. *D. pro socio*. Et res ita habet, ut quandiu maritus non aperte refragetur, possit uxor mariti rebus (8) uti pro suis. Tantum ut communibus utatur pro communibus. Hoc enim solum exceptum video, ne quid dolo malo amoveat, ut suum privatum faciat. Quod tunc facere intelligitur, cum soluto matrimonio eadem apud se retinet. Idcirco et tunc solum eam legimus teneri rei vindicatione, et actione rerum amotarum. *d. L. adversus, C. de crim. expil. her. L.* 1. *D. rer. am.* Adjiciam sententiam Nervæ et Cassii, qui ideo negabant uxorem soluto matrimonio teneri rerum amotarum, quia societas vitæ quodammodo eam dominam faceret, quæ ratio exstat in *d. L.* 1. *D. rer. amot.* Displicuit quidem hæc ratio soluto matrimonio, ut *ibidem* adjicitur; existimantibus aliis, ut Sabino et Proculo, eam per id tempus furtum facere; furti autem actionem quæ turpis est, adversus eam denegatam in honorem matrimonii, *d. L.* 1. *et* 2. *rer. amot.* Sed hoc ipso, quod dicitur id ita esse soluto matrimonio, non obscure confirmatur sententia superior Nervæ et Cassii pro eo tempore quo matrimonium stabit.

XI. Quid uxoris bona etiam illa, quæ sunt extra dotem, quæ parapherna appellari diximus, nonne in eamdem illam communionem veniunt, ut his uti possit maritus pro communibus, quandiu uxor non prohibeat? Sane vero ita venire satis aperte significatur in *d. L. hac lege, C. de pact. conv.* cum ita cavetur, ne vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, ullam uxore prohibente habeat communionem, aut aliquam ei necessitatem imponat. Qui uxore prohibente, id est sub conditione, si uxor prohibeat;

(8) A. Gentil. *Lib.* 2. *de nupt. C.* 20. Omnia communia conjugum, usu, non proprietate. Rectissime Duar. *de Nupt. C.* 1. his verbis: Salva honestate conjugii, nihil indivisum inter conjuges, sed promiscuum rerum omnium usum esse oportet, licet nulla sit obligatio, qua alter alteri ad hanc communicationem obstringatur. Prudenterque monet Plutar. *in Connub. Præcept. f. m.* 146. ex conjugio voces *meum et non meum* omnino tolli debere, at *f.* 148. oportere contrahentium corpora, opes, amicos, familiaresque invicem confundi. Belle Columella *Lib.* 12. ref. Guib. *de Matrim. C.* 1. *n.* 17. et Tiraq. *L. Connub.* 8. *n.* 8. *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœmina proprium esse juris sui diceret.* Quo respexit vetus Romuli Lex teste Halic. *Lib.* 2. *f.* 95. *Mulier nupta, quæ ex sacris legibus cum viro convenit, fortunarum et sacrorum socia illi esto, utque domus ille dominus ita et illa domina.* Hinc introducta in ædes mariti, et a pronubis transportata, pedibus enim limen contingere fas non erat, dicebat marito: Ubi enim Cajus; ego Caja; id est, ubi tu dominum et patremfamilias; Ego domina et materfamilias, Plutar. *QQ. hom.* 30. Et deductæ claves tradebantur ut significaretur, auctore Festo, ei rerum omnium domesticarum, quæ clavibus concludi solent, cura et custodia, tota denique rei familiaris administratio committi. P. Victor. 2. *Antiq. Lect.* 2. Briss. *de Rit. nupt. p.* 528. Hot. *Disp. feud. C.* 22. Atque eo sensu uxores dominæ dictæ *L.* 38. §. 4. *L.* 41. *pr. de leg.* 3. *L.* 19. §. 1. *de ann. leg. L. ult.* §. 1. *de auro et arg. leg.* Tiraq. *L. connub.* 5. *n.* 1. et *seqq.* non tam quod suæ heredes mariti futuræ, ut Forner. 1. *Select.* 11. Raev. *ad L.* 30 *de R. I.* aut quod, uxor corpus in sua potestate habeat, juxta Apostol. 1. *Corinth.* 7. *v.* 3. et A. Fab. 1. *Jurisp.* 6. *Pr.* 2. *Ill.* 23. quam quod eumdem ac fit uxor marito ratione unus, ex vitæ societate *L.* 1. *Rer. amot.* P. Greg. 1. *Synt.* 3. *n.* 3. qui vid. 9. *Synt.* 4. Mar. Lycklama 7. *Membran.* 27. Cypræ *de Sponsal. C.* 5. §. 3. et *de matrim. C.* 8. *n.* 6. quodque, licet viro parere debeat, in familiam tamen illi imperium cum viro divisum. Vera autem societas et communio proprietatis bonorum utriusque, nec Canonico nec Civili jure inter conjuges *L.* 1. §. 15. *ad SC. Silan. L.* 8. *C. de pact. conv. tit. C. ne uxor pro marito, etc.* nisi aperte convenerit *L.* 16. §. *ult. de alim. leg.* Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 6. *et* 15. Covar. *P.* 2. *C.* 7. §. 1. *n.* 5. Nec erat quoque ex superiore Romuli lege, sed dispensationem rerum familiarium uxori ea tribuebat. Marito enim mortuo, ut mox subjungit Halic. non dimidiam partem auferebat, sed cum liberis in virilem portionem succedebat, at si illi nulli, ex asse. Probanda vero hujusmodi societas (uti illa quæ bonorum proprietatem communicat, Gallis fere, Belgis, Hispanisque recepta, improbanda vid. *supra C.* 16. *N.* 2.), constante matrimonio, ut tamen eo dissoluto, quæ cujusque fuerunt, ad eum redeant; damnandique conjuges, qui cum sibi invicem corpus, animum vitamque suam credere debeant, bona committere recusant, maxime ad uxores. Quæ et ratio est fidejussoris dotium non recipiendi, *t. C. Ne fidei dat.* Denique bonum est ut mulier, quæ se ipsam marito committit, res etiam suas patiatur pro arbitrio gubernari, licet nullam ei necessitatem leges imponant *d. L.* 8. *C. de pact. convent.*

hanc communionem denegat, is sub contraria conditione eam communionem non obscure statuere intelligitur, si uxor aperte non prohibeat. Vis hæc est, et potestas adjectæ conditionis, ut declaratur in *L. quibus*, 40. §. 2. *D. de cond. et dem.* Ex his apparet, recte dicturos nos, nuptiis ipsis institui inter conjuges rerum omnium communicationem; sed hac conditione, ut tamdiu maneat, quandiu videbitur utrique in ea manere: voluntate autem mutata liceat unicuique eorum non a communione corporum, sed a communione rerum discedere ita, ut quod cujusquam ante nuptias fuerat, id cuique liceat sibi habere, sibi vindicare, et ab ejus usu prohibere alterum. Neque hoc quisquam putet naturæ societatis adversari, ut ex eo nullam hic rerum communionem jure societatis esse colligat. Id enim et in societate rerum accidit, quæ vel unius socii voluntate, a societate discedere volentis dissolvitur, §. *manet, Inst. de soc.*

XII. Sed utrumque aliis temporibus libera sit conjugibus bonorum, quæ cujusque propria fuerunt, inter se communicatio: tunc certe non est libera, cum alteruter ex his non habet, unde se alat. Hic inter eos nuptiis suscipitur hæc obligatio, ut cui facultates suppetunt, alteri (9) egenti præstet alimenta. Quæ jam alia non obscura obligatio est, quæ nuptiis contrahatur. Et certe nisi id fit, neuter alterum habere potest convictus quotidiani socium, et vitæ consortem. Nunc autem hæc vitæ consuetudo individua nuptiis contrahitur. Unde et obligatio ea, quæ hunc convictum et consuetudinem retinet. Sed id certius doceamus. Et de marito nulla dubitatio, si dotem accepit, quin uxorem alere; vestire, omnia denique ad vivendum necessaria ei suppeditare debeat. Hæc enim matrimonii onera sunt: ac pro his oneribus dos datur. *L. pro oneribus, C. de jur. dot.* Idque ita fieri debere traditur in *L. si cum dotem*, 22. *sin autem in novissimo*, in fin. *D. sol. mat.* significatur in *L. ubi* circa fin. *C. de jur. dot.* Quod si maritus dotem non accepit, tamen ista eadem egenti uxori debet præstare: proinde alimenta, quoniam superiora alimentorum et victus verbo continentur. *L. 6. D. de alim. et cib. leg. L. verbo victus, D. de verb. signif.* Neque alia certior hujus rei ratio reddi potest: quam quod maritus secum habere uxorem vult, cujus consuetudine utatur, atque adeo habere jubetur, non (10) a se dimittere, ut supra ostendimus. Non potest autem ita inopem habere, nisi alimenta ei, et victum suppeditet. Quinimmo et qui cum ea vivere jubetur, non solum prohibetur id ei denegare, sed etiam vivendi cum ea conditionem quærere jubetur. *arg. in L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.* Id autem facit, qui vivendi caussam uxori præstabit; quod fiet eam alendo. Et ne hujus sententiæ argumenta desint, licet hæc adjicere, quibus et nostri utuntur, etsi dilutius. Nam sic est uxor, ut sit in officio mariti ad operas honestas ei præbendas? *L. sicut*, 48. *D. de oper. libert.* Constat autem eos, qui aliis debitas operas præstant, ab his quibus præstant, ali debere, si se ipsi qui præstant, alere non possint. *L. suo victu*, 18. *D. de oper. liber.* Adde, quod uxor mortua, si nulla dos sit, nec alios habeat, quorum sumptibus funeretur, puta patrem qui solvendo non sit, aut heredes: jubetur a marito quatenus is facere potest, funerari: tantum ideo, quod defuncta uxor sepultura honeste carere non potest. *L. quod si nulla*, 28. *D. de relig. et sumptib. fun.* Quanto ergo magis vivæ et egenti alimenta a marito præstanda sunt, quibus illa omnino carere non potest? Atque hæc eadem Bartoli sententia est, etsi parum éloquitur, ad *L. alimenta*, *C. de neg. gest.* eadem Cyni ad eamdem legem; eadem Speculatoris *Tit. qui filii sint legitimi*, vers. *videamus, de alim.*

XIII. Hoc officium ergo uxorem cum conjunctio vitæ cum uxore suscepta inducat, ut indicatur in *d. L. adversus, C. de crim. expil. hered.* etiam vice mutua adversus uxorem idem valebit, ut si mulier dotem forte constante matrimonio justis de caussis rece-

(9) Vid. remissive *supra Lib.* 12. *Cap.* 4. *N.* 2. Omnia persequi non licet.

(10) Nec ex caussa non acceptæ dotis uxor ædibus extrudi potest *L. pen.* §. 1. *Cod. de repud. Nov.* 22. *C.* 18. Nec obstat *L. ult. C. ad SC. Vel.* ibi: *et sic a viro forsitan repelli.* Resp. Non enim permittit id Imperator, sed loquitur de periculo, ne tali casu distrahatur matrimonium, de facto scilicet, non de jure. Idemque sensus *C. per vestras extra de don. int. vir.* vid. Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 2. Beustius *C.* 66. Alb. Gentil. *Lib.* 6. *C.* 5. Fach. 3. *Contr.* 48. Diss. P. Greg. 9. *Synt.* 19. *n.* 3. Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 31. Martin. Coler. *Lib.* 1. *de Alim. C.* 10. *n.* 5. *et seqq.* Herman. Meirer. *Lib.* 2. *de præferent. credit. Tit.* 6. *n.* 8. Jo. Bapt. Costa *de Facti scientia, Distinct.* 32. *Cent.* 2. et quos refert Barthol. Musculus *de Success. convent. Cl.* 1. *Membr.* 2. *num.* 134.

perit, quales pleræque sunt (de quibus dicetur in dote) maritus autem egeat, debeat uxor ex fructibus dotis et se, et maritum, et liberos alere. *L. ubi*, circa fin. *C. de jur. dot.* Merito: nam et ipsa per nuptias eamdem societatem, et iisdem conditionibus eum marito suscipit. Sed hoc, inquam, citra controversiam, eum mulier dotem dedit, quam postea recipit. Quid ergo, si ponamus uxorem pauperem ab initio indotatam ad maritum venisse, bona autem eam postea, ex successionibus propinquorum, aut legatis, et aliena liberalitate habere cœpisse, maritum ad inopiam redactum? Non dubitabimus ne hic quidem, quin uxor ex his bonis et se, et maritum, et liberos si omnibus alendis sufficiant, alere debeant. Hoc enim et in uxore exigit ea societas et conjunctio vitæ, quæ eam cum marito vivere jubens, vetat ab eo discedere. Nam ut in marito paulo ante dixi, quæ cum eo vivere jubetur, etiam conditionem et facultatem cum eo vivendi quærere jubetur. *arg. in L. capite*, in fin. 19. *D. de rit. nupt.* Quærere autem intelligitur, quæ facit, quod in se est, ut vitam mariti retineat: quod fit cum alendo.

XIV. Hæc inter conjuges ejusmodi obligatio est, ut sive maritus locuples uxori inopi deneget alimenta, sive locuples uxor deneget egenti marito: uterque per magistratum cogi possit præstare. Non dissimiliter atque cogi potest parens præstare egentibus liberis, quia hæc illis naturæ juris debeat; aut liberi parentibus pietatis jure. Itaque quam illis cogendorum ad hoc officium parentum et liberorum rationem esse diximus; eadem in eodem genere officii ad cogendum maritum aut uxorem intelligenda est. De ea diximus *Lib. superioris Cap.* 4.

XV. Atque hæ sunt inter virum et uxorem communes ac promiscuæ præstationes. Una est uxoris propria. Ea est, ut marito sit subjecta, reverentiam ei exhibeat: *L. alia* §. 1. *D. sol matr.* imperanti non inhonesta se obsequentem præbeat: denique quod ante diximus, traditurque in *L. vert.* 48. *D. de oper. libert.* ut sit in officio mariti, cujus matrimonio consensit. Hanc (11) uxori a natura impositam esse personam cum ipsa qualitas, seu confirmatio conjunctionis corporum, tum fragilitas sexus, item onus procreandorum educandorumque liberorum facile declarant. Itaque quæ se talem, idest quæ se uxorem alicui esse vult, quod fit nuptiis, hoc ipso satis per nuptias hanc obligationem in se suscipere intelligitur. Sed hoc nostri leviter, ac velut aliud agentes attigerunt. Nos autem ne quis hic sit dubitationi locus, etiam hanc partem officii uxoris verbo Dei diligenter nec uno loco sancitam esse cognoscamus. De ea sic Paulus Eph. *C.* 5. 21. *Uxores propriis viris subjectæ estote, ut Domino: Quoniam vir est caput uxoris, ut et Christus est caput ecclesiæ: et is est, qui salutem dat corpori. Itaque sicut Ecclesia subjecta est Christo, ita et uxores suis viris subjectæ sunto in omnibus.* Idem repetens hoc præceptum *Col.* 3. 18. ita scribit: *uxores subjectæ estote propriis viris ut convenit in Domino.* Item et ad *Tit. C.* 2. 4. 5. his verbis: *ut anus ad sapientiam instruant adolescentulas, ut maritos suos diligant, ut liberos ament: ut temperantes sint puræ, domi manentes, bonæ, subjectæ suis viris, et sermo Dei blasphemetur.* Petrus vero 1. *Pet. C.* 3. in pr. de eadem re hoc modo: *Similiter*, inquit, *uxores subjectæ sint suis viris: ut etiam si qui non obediunt sermoni, per uxorum conversationem absque sermone lucrifiant.* Et mox v. 4. *Ita enim olim et sanctæ illæ mulieres sperantes in Deo ornabant sese, subjectæ suis viris. Sicut Sara obedivit Abrahæ, dominum eum vocans, cujus factæ estis filiæ, dum benefacitis, etiam quæ non terremini ullo pavore.* Etiam hanc subjectionem natura dictante Ethnici intellexerunt. Hinc enim est, quod Romani uxorem velit nolit, mariti domum sequi, ibi (12)

(11) *C. est ordo* 12. *et* 3. *seqq. C. mulierem* 17. *C. mulier.* 19. *Caus.* 33. *Quæstion.* 5. De potestate maritali late Tiraq. *L. Connub.* 1. lege naturæ statutum virorum imperium, et plerisque gentibus observatum, plurimis et dictis et exemplis, ut solet, comprobans Jure vero Romanorum non est in potestate mariti uxor, sed patris, *L.* 2. §. 1. *Sol. matrim. L.* 29. §. 1. *de Relig. et simil.* nisi quoad ὀφέλειαν et operas. Quo et L. Julia, quæ patri permittit coercitionem filiæ adulteræ, magis quam marito, arguit Tessaur. *Decis.* 150. *n.* 7. Quanquam videri potest eam, quæ in manum convenit, exiisse e patris potestate cum capite minui dicatur, Ulp. *Tit.* 11. §. 13. vid. Marc. Vetranius Maurus *de Jure liberor. C.* 30. Utut sit, juri civili in eo consuetudini generali derogatur, vid. *supra Lib.* 2. *C.* 26. *n.* 12. De potestate viri et imperio domestico vid. et Bodin. 1. *de Rep.* 3. Ant. de Guevara *Lib.* 2. *Horolog. Princip. C.* 5. et 7. (ubi de probroso viris fœminarum dominatu, nec ipsismet minus mulioribus dedecoroso, Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 17. *et seq.*) Guaz. *de Civ. convers. Lib.* 3. *p* 435. *et seqq.* Henning. Arnisæ *Lib.* 1. *Polit. C.* 3. *p.* 76. *et seqq.* Sc. Gentil. 2. *de Don. int. vir. C.* 19. Fopp. ab Æzema 2. *Diss.* 11. Cypræ *de Sponsal. Cap.* 5. §. 12.

(12) *L.* 19. *pr. de Jurisd. L. ult.* §. 3. *D. ad Municip. L.* 1. *C. de mulier. et in*

domicilium ubi maritus, ibi forum habere, ubi convenir possit, voluerunt. *L. exigere D. de ind. L. mulieres, C. de dignit. Lib* 12.

XVI. Quid si uxor parum se obsequentem præbeat, aut per infirmitatem sexus aliquid peccet? usque eone potestas mariti in uxorem, quam subjectam volumus, producenda est, ut in eam sæviendi, eamque verberandi jus habeat? Sed (13) nullam ejusmodi potestatem maritis in uxores attributam jure civili legimus: atque adeo ne in tota scriptura quidem verbi Dei. Quinimmo licet ex hac proferre multos locos, ex quibus omnem hanc potestatem procul removeri intelligatur. Jubet Paulus *Eph.* 5. uxores propriis viris subjectas esse: sed idem continenter jubet, ut viri diligant uxores suas; neque id quovis amore, sed sicut Christus dilexit Ecclesiam, et semetipsum exposuit pro ea: id est (14) unice, ut ad eum amorem nihil desit. Multum vero abest ab ea dilectione sævitia omnis in uxorem, ejusque pulsatio. Addit etiam paulo post, ita debere viros diligere uxores suas, ut sua ipsorum corpora: et qui diligit uxorem, seipsum diligit. Et quis unquam nisi insanus, corpus suum verberat? Immo addit *ibidem* Paulus, adeo nullum unquam suam ipsius carnem odio habuisse, ut potius contra eam nutriat et foveat. Idem ad *Coloss.* 3. ita præcipit: *Viri diligite uxores vestras, et ne sitis adversus eas amarulenti.* Qui amarulentiam prohibet, multo magis sævitiam et pulsationem corporis prohibet. Sed nihil illustrius in hanc sententiam, quam quod de officio mariti præcipit Petrus Apostolus 1. *Pet.* 3. cum jubet viros una cum uxoribus versari, ut scientes decet; et hoc interpretans subjicit, eos vasi muliebri ut infirmiori tribuere debere non dicit veniam, sed (15) honorem. Et ut a verbo Dei hic discedamus, quis socius aut frater sibi sumit hoc jus in socium et fratrem, ut si quid in eo displicet, illum verberet, et pulset, et hanc ejus corrigendi rationem sibi arroget? Atqui uxor socia est mariti; etsi inferior et infirmior; socia tamen, et pro tali a marito suscipitur, et quidem ea societate quæ est omnium arctissima, ut in qua suscipitur divinæ et humanæ domus, divini et humani juris communicatio; ut ostendimus. *L. adversus, C. de crim. expil. hered. L.* 1. *D. de ritu nuptiar.* Absit igitur hæc sævitia et castigatio a marito.

XVII. Quid ergo fiat, si uxor se marito non subjiciat, ut verbum Dei præcipit, si ei adversetur? Benevola admonitione, severa etiam, si opus est, flectere eam potest, et ad

quibus loc. Lib. 10. vid. Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 28. *et seqq.* ubi *n.* 33. idem esse si litigat cum viro, se defendendo, Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 8. *et seqq.* Mauser. *P.* 323. Mozz. *de matrim. Col.* 4. *n.* 7. A. Fab. 1. *Jurispr.* 9. *pr.* 2. *Ill.* 17. Et tenetur uxor sequi maritum vagabundum, quocunque, si talis fuit tempore contracti matrimonii et esse scivit, ut sunt histriones, circumforanei, vid. Tiraq. *L.* 1. *Connub. n.* 39. Beust. *C.* 32. Farina *Q. crimin.* 134. *n.* 257. *et seqq.* An et rebellem et exulem, vid. Alb. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 18. *in fin.* Sane si mutet domicilium omnino sequi cogitur, Beust. *d. C.* 32. Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 7. non obstante pacto, quo maritus cavit se non discessurum a domicilio uxoris, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 21. *num.* 2.

(13) Guaz. *de Civ. convers. Lib.* 3. *p.* 456. Jo. Cas. *Lib.* 1. *Sphæræ civ. C.* 1. *in fi.* Tiraq. *L. Connub.* 8. *n.* 10. *et seqq.* Moderata tamen castigatio maritis permissa, arg. *L.* 5. §. *ult. ad L. Aq.* Tiraq. *L.* 1. *Connub. n.* 22. *et seqq.* Martin. Coler. *Lib.* 1. *de Alim. C.* 10. *n.* 23. Quam et olim maritos exercuisse, et uxores et peccatis suis pœnam luisse eorum arbitrio, Italic. *Lib.* 2. *f. m.* 95. Cassiodor. *Lib.* 5. *Ep.* 32. Delatam querimoniam, pudori tuo consulens, maritali districtione redarguas, Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 2. Sed Tiraq. *L. Connub.* 9. *n.* 1. *et* 2. licet non immoderata verbera LL. canonesque permittant, multa tamen tolerari sæpe, quæ vitio non carent. Quæ autem alia correctionum genera, quibus mulieres emendandæ, idem *d. L.* 9. *n.* 230. *et* 3. *seqq.* Atrocius vero verberata et indignius habita non quidem injuriarum famosa, sed verbis temperatis in factum, actionem habet, Tiraq. *d. L.* 1. *n.* 24. Covar. *P.* 2. *C.* 7. §. 5. *num.* 2.

(14) Vid. Guaz. *de Civ. conversat. Lib.* 3. *p.* 424. Zoanet. *Defens. tripart. P.* 1. *n.* 65. *et seqq.* Amor uxorius an paterno, in liberos, major, an cedere illi debeat, vid. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. n.* 12.

(15) Mulier non ex capite viri prodiit, ne heræ sibi partes arroget, nec ex pede ne serva plane videatur, sed ex costa, ut lateri adhærens socia sit marito. *Gl. in C. ult. v. costa* 33. *Q.* 5. Beust. *Cap.* 1. *in fin.* Guaz. *de Civ. convers. Lib.* 3. *p.* 431. Plutar. *in Connub. præcept. f.* 146. *Sicuti cum sumuntur duæ consonæ voces cantus graviori adscribitur, ita in familia res gerendæ consensu conjugum, viri tamen imperium vel consilium eluceat*, et paulo post *f.* 148. *Imperare maritus mulieri debet, non ut dominus rei possessæ, sed ut animus corpori. Lætum esse debet et officiosum ejus imperium.* Addit scite Guaz. *d. Lib.* 3. *p.* 431. *et seq.* Ut philosophus 1. *Polit.* 8. (*alias* 12.) imperii domestici genera secernens, ut paternam gubernationem regio principatui, ita nuptialem civili magistratus auctoritati comparat. Jo. Cas. *Lib.* 1. *Sph. Civ. C.* 8.

obsequium voluntarium inducere. Si admonita pergit, potest maritus illi denegare res ad vitam, cultum, et ornatum necessarias. Vetare ne servi aut famuli domus illi solita obsequia præstent. Nam et sic patrono deneganti alimenta liberto, debitæ operæ et quæ libertatis caussa imposita erant, denegantur. *L. alimenta. D. de agnosc. lib. L. suo*, 18. et duabus seqq. *D. de oper. libert.* Nec dissimile quiddam adversus uxures clericorum, quæ peccaverint, constituitur in *C. placuit*, 33. *Q.* 2. etsi asperius paulo propter vincula, et domesticam custodiam, quæ illic permittitur. Denique tentabit omnia maritus pius, et intelligens, qualem supra maritum esse debere ex Petri præcepto retulimus, priusquam veniat ad verbera. Quæ si exciderint, tamen sciat neque ea eum decere, neque pro potestate illi concedi. Postremo si quid hic expediat, quærimus, meminerint omnes, si quæ contigerit pervicax uxor, verberibus et pugnis non flecti tale ingenium, sed (16) irritari; ut quo plura et acerbiora maritus in uxorem sæviet, eo deterius in se et uxorem consulat.

XVIII. Nihil adversus hæc facit quod in *C. duo ista*, 23. *Q.* 4. marito tribuitur, ut regat uxorem suam. Nam et ibidem inter alios multos tribuitur similiter Episcopo, ut regat plebem suam. Scimus autem his verbis non illi tribui, ut qui ex plebe delinquent, eos pulset aut verberet. Denique omnibus, qui aliquos suæ disciplinæ et gubernationi subjectos habent, nominatim hoc illic tribuitur, ut regant quidem, sed addito hoc temperamento, ut regant sicut cuique regenti apta et accommodata est disciplina. Effectum est autem non convenire maritis hanc disciplinam, ut uxores verberibus afficiant. Et vero id non convenire ingenuis diserte scriptum est in *L. consensu*, §. 1. in fin. *C. de repud.* Sane Justinianus caussas sex graves excepit, ex quibus vellet esse impune, si maritus uxorem flagellis aut fustibus cæciderit. *Novel. ut liceat matr. et aviæ* 117. §. *si quis autem*, easdem illas, quas prius complexus erat *ead. Nov.* §. *qui vero plurimas*. Et ex quibus etiam marito uxorem repudiare permiserat. Sed vel hæc ipsa constitutio confirmat extra has caussas id jus esse, quod supra diximus. Verum est enim, quod traditur in *L. quæsitum*, 12. §. *idem domo instructa*, *D. de institut. instrum. legat.* eum qui hæc excepit, non posse de cæteris rebus, quæ in his non essent, non videri sensisse.

(16) Verro *apud* Agel. 1. *Noct.* 17. *Vitium uxoris aut tollendum aut ferendum. Qui tollit, uxorem commodiorem præstat, qui fert se meliorem facit*; Sed hæc facilius dici quam ad usum, si opus est, transferri possunt; ait Bruslius *de Mar. Cap.* 9 Quanquam enim Agellius tollere pro corrigere dictum testetur, sunt, qui Varronem verbis illis *aut tollendum*, castigationem, quæ fit manu aut verberibus, significasse, volunt. Henning. Arnisæ. *Lib.* 1. *Polit. C.* 3 *pu* . 84. qui prius omnibus tentatis, verbera concedenda putat, si petulantia verbis retundi nequeat, quod extremo malo extremis occurrendum sit remediis. Sed raro prospere cedet hoc remedium. Tutissimum est initiis occurrere, et in quærenda vitæ consorte fatigare primum precibus, supremum conjugii authorem. *Uxor enim prudens a domino.* Proverb. 19. *v.* 4. *Et pars bona mulier bona in parte bona timentium Deum Syrac.* 26. *v.* 3. Dehinc ante omnia in mores inquirere, nec cæco animi impetu ferri aut oculis corporis, digitisve solis uti. Sed oculos animi potissime circumferre, ut si virtutum omnium dotibus cumulata, quæ corvis rarior albis, haberi nequeat, saltem quæ minoribus urgetur vitiis, seligatur: sed de his melius aliis. Satis jam, pro instituto quidem præsecuti, verborum nuptorum, innubus dum hæc scribo, feci.

CAP. XXII.

Legitimas conventiones, quæ solo consensu pariant obligationem, tres esse has: Constitutum, Contractum empbyteuticum, Pactum donationis caussa interpositum. Quid horum unumquodque. Quæ ex his obligatio.

Transitio. Contractus legitimi, *qui et ipsi nudo consensu perficiuntur, tres.* I.
1. *Constitutum. Hoc quale sit, explicatur.* II.
Quæ obligationis constituti *vis et effectus peculiaris.* III.
2. *Contractus emphyteuticus. Hunc solo consensu perfici quatenus ostendatur.* IV.
Contrariis occurritur. V.
De mutuis emphyteutæ et domini præstationibus quo loco tractaverit auctor. VI.
3. *Donationis pactum. Legitimum donationis pactum quod sit.* VII.
Donatio in futurum concepta non est legitima; et quare. VIII.

I. Atque hæc hactenus non solum de nuptiis certa societatis specie, sed etiam de contractibus omnibus juris gentium, qui solo consensu perficiuntur, simul et de vi atque obligatione eorum, quæ quidem natura et potestate judicii contineatur sine aperta conventione: in quibus sunt hi Emptio venditio, Locatio conductio, Mandatum, Societas. Dixi supra *Lib.* 11. *Cap.* 10. et legitimas conventiones quasdam esse, quæ solo consensu idem valeant (1) Constitutum, Contractum empbyteuticum, Pactum donationis caussa interpositum. De quibus jam et ipsis, ut et de earum propria obligatione breviter cognoscamus.

II. De constituta pecunia obligatio est edicto prætoris constituta ex hac caussa, si pecuniam quis constituerit, ut est in edicto. *L.* 1. §. 1 *D. de pecun. constit.* Ut autem Justinianus hæc interpretatur, si quis quid soluturum se constituerit, §. *de constituta, Institut. de actionib.* si quis constituerit, inquam: nempe nudo pacto et conventione. Non quod si quis stipulanti promiserit se soluturum non magis obligetur: sed quia obligatur jure civili, ut non desideret stipulator prætoriam actionem. *d.* §. *de constituta.* Is constituit se soluturum, qui constituit soluturum se, quod prius debebatur. Non est enim solutio, nisi rei debitæ solutio. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. Ideo et prætor edicto hoc expressit, atque ita de constituta actionem proposuit, si quis debitum, seu debitam pecuniam constituerit, et quidem quæ tum debita fuerit, cum constitueretur. *L. item*, §. 1. *L.* 1. §. *pen. D. de pec. const.* Sed dum sit debitum quod constituitur, nihil amplius edictum exigit. Idcirco nihil interest, quale sit debitum, utrum ejusmodi, quod quavis ex caussa jure civili aut prætorio peti possit, an vero quod natura tantum debeatur, *L.* 1. §. *pen. et ult. L.* 2. *L.* 3. in pr. et §. 1. *D. de pec. const.* Hac ipsa de caussa nihil putatur interesse, a quo sit debitum: utrum ab eo qui constituit se soluturum, an ab alio. Fac debitorem ipsum iterum constituere se soluturum. Nemo dubitat, quin obligetur ex edicto: quia et constituit debitum, et constituit ipse, qui debuit. Non minus et hic obligabitur, quia debitum constituit, etsi debitum non a se, sed ab alio. Utputa: constituit quis se soluturum ei ipsi, cui prius debebatur. Huic obligabitur sine dubio, quia constituit debitum, et quod ei cui constituit, debebator. Sed hoc amplius dicimus, etsi quis constituat se soluturum alii, quam cui debebatur, dum modo id quod creditori debebatur, nihilominus eum de constituta pecunia obligari. Horum utrumque ita traditur in *L. eum qui*, §. *quod exigimus*, *D. de pec. const.* Et adjicitur ratio ex verbis edicti sum-

(1) Quod et contractum esse ac quidem nominatum seutit Vacon. 5. *Declar.* 67 *n.* 2. Sed verius esse pactum legitimum quidem prætorium, non autem contractum, cum nec sua vi actionem producat, sed prætoria ope, Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 2. n. 2. nec ex contractu vero et puro potest nasci obligatio conditionalis, cujusmodi hanc Donellus noster contendit. Costituere autem inter alia significat quod minus firmum est stabilire, Cic. 1. *Off.* Id fit in constituto, cum quod minus firmiter prius debebatur aut parum tutu, id nova pactione firmamus, dum promittimus id nos soluturos. Don. *ad* § 9. *I. de act. n.* 8. Græci καταθέσθαι vocant Tiraq. *de Jur. const. poss. F.* 1. *n.* 1 Duar. *h. t. C.* 1. *in fin.* Vide de constituto Duar. *ad Oldend. Cl.* 4. *lit g.* Vital. 2. *Var. Lect.* 23. A. Fab. 15. *Conject.* 4. *et seq.*

pta, quam ante indicavi, *quia quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum sit*, idest generaliter, et sine ulla distinctione debiti. Pollicetur enim prætor se actionem daturum, si quis constituerit pecuniam debitam, neque adjicit quo jure, aut a quo, aut cui debitam. Hoc juris nostri auctores dicunt scribi aut concipi in rem; ubi scilicet verba sunt simpliciter de re sine ullius modi, aut personæ designatione, ad quem res contrahatur. Sic in *L. juris gentium*, *§. pactorum*, *D. de pact. L. metum*, 9. *§. ult. D. quod met. caus.*

III. Jam constituti obligatio observanda est. In qua cætera sunt cum aliis conventionibus communia, de quibus postea. Illud singulare et hoc loco animadvertendum, quod ex cæteris conventionibus, quæ valeant ad agendum, si puræ sint, statim nascitur actio. *L. in omnibus obligationibus*, *D. de reg. jur. §. omnis*, *Inst. de verb. obl.* neque id solum; sed et actio semel nata durat, quanvis in eo quod debetur accipiendo creditor moram fecerit: *L. illud*, *D. de per. et comm. rei vend.* ex hac autem conventione sic obligatio est, ut si per creditorem factum sit, quominus quod constitutum est acciperet, debitor non teneatur. Sic enim verba sunt edicti, ut prætor polliceatur ex constituto actionem, *si appareat eum qui constituit, neque solvisse, neque fecisse, quod constitutum est, neque per actorem stetisse, quominus id fieret.* L. si duo 16. §. 1. *D. de pec. const.* Qua conditione utique hoc significatur, eum qui pecuniam recte constituit, non teneri tunc, cum per actorem stetit, quominus ei solveretur, id est cum in eo quod offerebatur, accipiendo moram fecerit; quod fit, cum id recte et sua die oblatum sine justa caussa accipere recusavit. *L. qui decem*, 72. *D. de sol.* Hac igitur mora interposita ab actore pecuniæ constitutæ, nulla illi actio est de constituta: et ut Ulpianus loquitur in *d. L. si duo*, *§. 1.* de perun. const. *si non stetit per actorem, tenet actio.* Quod hanc significationem habet, ut si stet per eum, non teneat actio. Vis hæc est conditionis, ut deficiens omnia in contrarium mutet. *L. quibus*, 40. *§. quidam Titio*, *D. de cond. et dem.* Non tenet actio, id est non tenet constituentem, seu nulla est adversus eum actio. Hic, inquam jus singulare et diligenter notandum. Alterutrum enim necesse est, ut aut ex conventione constituti, quanvis verbis contrahentium pura sit, non det prætor statim actionem, sed ipse adjiciat de suo hanc conditionem: aut statim quidem det actionem ab initio, sed velit constituentem liberari postea, si per creditorem steterit, quominus acciperet. Utrum horum sensisse prætorem dixerimus, jus certe novum ab illo hic constitutum est, et propria natura constituti obligationi edicto attributa, præter regulas cæterarum conventionum atque contrariuum, ut ostendi. Tantum hic videndum, utrum horum ex verbis edicti accipere debeamus. Et omnino posterius non debemus. Est enim non solum contra jus civile, sed etiam per se iniquum. Jure quidem civili nemo creditor quia aliquando recusat accipere, quod offertur, ideo debitum amittit, quandiu res debita exstabit. *L. illud*, *D. de per. et com. rei vend.* Et vero aperte iniquum esset amittere: cum sit in potestate cujusque de re sua statuere ut vult: eoque et accipere quod offertur, aut non accipere. *L. in re mandata*, *C. mand.* Relinquitur igitur prius, quod caret injuria, quodque verba conditionis edicti magis significant, ut prætor vere intelligatur dare actionem de constituta sub hac conditione, si appareat per actorem non stetisse, quominus id fieret, et solveretur, quod constitutum est, non ante. Sed tamen et hoc ipsum est contra formam juris in reliquis conventionibus. Quod enim ex aliis caussis pure promissum est, statim debetur et peti potest. Quod in diem, tunc cum dies venerit. *§. omnis*, *Inst. de verb. obl.* Hic autem prætor ex pura conventione pecuniæ constitutæ, non dat actionem nisi sub conditione. Sed non est injuriosum in pecunia constituta, nec caret factum manifesta ratione. Cogitare enim debemus nullam hic injuriam futuram fuisse, etsi ex constituto prætor actionem omnino non daret. Hoc enim et jus civile efficiebat, quo placet ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem*, *Cod. de pact.* Multo igitur minus injuria fit ei, cui constituta est pecunia, si ei prætor det actionem ad certum modum. Et sane cum in hac actione danda versetur beneficium prætoris, fuit ejus modum beneficio suo præstituere, qui et dedit. Cur autem visum sit ei in hac re modum statuere, atque hunc modum, non difficile est intelligere. Dedit enim, ut dixi, hanc actionem adversus regulas juris, atque hactenus constituentem oneravit. Non abs re fuit, in qua actione constituentem onerabat: eam ita proponere, ut quam minimum sine injuria creditoris fieri potest, debitorem oneraret. Quod ita fit, si placeret non teneri constituentem ne nunc quidem, cum adhuc res extat, si modo aliquid objici posset actori, quominus rem oblatam suo tempore accepisset.

IV. Contractus (2) emphyteoticus est, cum a domino ager datur alicui in perpetuum aut ad longum tempus fruendus certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quandiu pensio solvetur, agrum auferre non liceat, neque ei qui accepit, neque iis qui in locum ejus successerunt. §. *adeo*, *Instit. de loc. et cond. L.* 1. et toto *Tit. D. si ag. vect. vel emphyt. pet.* Dixi de hoc jure *supra Lib.* 9. *Cap.* 13. Tantum hic notandum etiam contractum hunc consensu perfici; ut quod modo dixi, contractum hunc esse, cum fundus traditur supra scripta lege; ut verba sunt in *d.* §. *adeo, de loc. et cond.* sic accipi debeat; ut non necesse sit ita tradi, sed sufficiat et de eo ista lege tradendo convenire. Id non satis liquet ex constitutione Zenonis, quæ de hoc contractu est in *L.* 1. *C. de jur. emph.* Jubet enim justum hunc esse validumque contractum, et quæ in eo placuerint, omnia debere custodiri. Sed potest dubitari qualis sit contractus, isne, qui peragatur consensu solo, an qui et traditionem agri ante desideret. Et si quæritur, utrum ex his, videri possit traditionem desiderare potius, cum ita scriptum sit, ut dixi, in §. *adeo de locat.* exsistere hunc contractum, cum prædia perpetuo quibusdam fruenda traduntur. Ne ergo hic hæsitetur, certius aliquid afferendum est. Id vero est hujusmodi. Nun dubitarunt veteres, quin hic contractus esset emptio et venditio, aut locatio et conductio. Utrum esset, non conveniebat inter eos. Hoc conveniebat, utrumvis horum esset, saltem esse alterutrum. *d.* §. *adeo, de loc. et cond.* At utrum horum esset, hoc efficiebatur contractum solo consensu perfici. Nam et emptio, et conductio pariter consensu constant. Non mutavit hoc jus Zeno constitutione sua, sed confirmavit. *d. L.* 1. *C. de jur. emphyt.* naturam enim et jus prius hujus contractus non minuit, sed auxit. Quare etiam veterem naturam, quæ plenior esset ad pariendum obligationem, manere voluit.

V. Quid tamen, quod diximus in hoc contractu de his, de quibus convenit, scripturam desiderari ex *d. L.* 1. *C. de jur. emph. supra lib.* 9. *C.* 13. An non ea res facit, ut non videatur hic contractus solo consensu perfici? Minime. Res enim diversæ sunt, et quæ inter se nihil commune habent, contractus, et fides rei in contractu gestæ. Ad contractum pertinet consensus, ad fidem et probationem rei gestæ, scriptura. Quare ut maxime hic adhibeatur scriptura, atque adeo exigatur: non eo tamen minus semper verum sit, eam non ad contractum perficiendum, qui sine probatione esse potest, sed ad eum declarandum et probandum adhiberi. Scimus autem longe aliud esse rem aliquam, et id quo ea res declaratur et probatur. Sed si hic ad nullam aliam rem scriptura est utilis quam ad probationem, cur exigitur tanquam necessaria, cum aliis modis res probari possit, puta testibus? Et siquidem aliis modis posset facile probari, fatendum esset non esse necessariam. Sed aliæ caussæ has probationes admittunt. Hunc contractum visum est non facile fidem reperire posse sine scriptura. Protrahitur enim translatio agri vectigalis in longum tempus, et singulorum annorum suæ sunt præstationes et variæ. Unde facile fiat, ut et earum memoria excidat tempore, et domini res suas amittant, nisi quæ convenerint diligenter scripto sint comprehensa.

VI. Habet et contractus suam obligationem: cujus præstationes constent et ipsæ partim conventione, partim natura. Conventio hic omnis, ut in reliqois contractibus servanda. *L.* 1. *C. de jur. emphyt.* Ad naturam hujus contractus pertinent omnia, quæ sine conventione emphyteuta domino, et vicissim dominus emphyteutæ præstare debet. De quibus ut ad jus emphyteuticum pertinentibus cum diligenter scripserim in eo jure explicando *supra Lib.* 9. *Cap.* 14. inde peti jubebo.

VII. Pactum (3) donationis nullam hic

(2) Quem civilem esse Valasc. *Jur. Emph. Quæst.* 3. et quos laudat Treut. *Vol.* 1. *Disput.* 29. *Th.* 9. *lit. B.* et Gœd. *ad L.* 27. *de V. S. n.* 19. ejus formam primum a Zenone proditam. Sed et A. Fab. ante eum nomen incognitum fuisse, quod refelli *supra Lib.* 9. *Cap.* 13. *N.* 4. Verius autem qui eum juri gentium adscribunt, ad quod eadem ratione uti licet, qua Donellus hic probat consensu illum perfici. Et Zeno non novam fecit speciem, sed eam quæ erat detexit, sicuti grana ex spicis excutiens, ait Claud. David. *Velit. legali ad* §. *Jus autem gent. I. de N. G. et Civ. n.* 5. vocans contractum hunc Sybilla Cumana antiquiorem ex *Gen.* 47. *v.* 24. *et seqq.* Joseph. *Lib.* 2. *Antiq. Judaic. C.* 4. vid. et Coras. *ad Rub. C. de I. Emph. n.* 8. et 1. *Misc.* 21. Bron. 1. *As.* 79.

(3) Est et hoc pactum legitimam, non vero contractus, cum caussam commercii non habeat, Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 39. Unde petitur res donata condictione ex lege *Nov.* 162. *C.* 1. §. 1. *in fin.* Nec *L.* 22. *de donat.* quidquam ad rem facit. Nam utique jure Pandectarum certum fuit pactum donationis stipulatione non firmatum, actionem non produxisse. Vid. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 11. *n.* 17. Hopper. lib. 4. *σειδαγών pag.* 133.

habet propriam obligationem, quæ ex natura aliqua et potestate privatim huic conventioni attributa descendat. Unica hic conventio totum facit: ac de vi conventionis omnis postea in commune dicetur. Tantum videndum diligentius, quod pactum hic dicamus lege Justiniani confirmari. Quod quia attigi tantum leviter supra *libri superioris Cap.* 10. nunc pluribus exponam. Ergo non ex quovis pacto donationis caussa interposito Justinianus actionem dedit, sed ex eo si quis diceret se donare aliquid in præsentia, verbis in præsens conceptis, hoc modo: Dono tibi centum aureos; dono illum fundum; dono usumfructum illius fundi; dono reditum tantæ summæ. Unde illa, si quis donaverit; si donationem faciat, feceritve; ut donator tradat res donatas, tradat quod donaverit. Quæ verba sunt *L. si quis argentum*, et §. *aliæ, de donat.*

VIII. Ex quo intelligere debemus, si verbis in (4) futurum conceptis promiserit qui nuda pollicitatione se quid donaturum alii, seu daturum se donationis caussa, eum pacto non obligari. Semper enim in legibus novis hoc tenendum est, quidquid lege nova specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi. *L. præcipimus* in fin. *C. de appell.* At vetus juris certi regula est ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem*, *C. de pact.* Neque hoc jus specialiter immutatur a Justiniano in pacto donationis, nisi quatenus verba pactionis in præsentem donationem concipiuntur. Quare ubi in futuram donationem concipientur, jus antiquum esse oportet. Et vero cur pactum donationis futuræ caussa interpositum valeat potius, quam ubi ex alia justa caussa pacto nudo quid promittatur? Cur ergo in pacto præsentis donationis non idem servatur? Differentiæ rationem apparet Justiniano hanc visam esse, quod cum ita dico, dono tibi illud, aut illud, verbis in præsens conceptis, perinde id habendum putaverit, quasi tradidissem. Nam quibus aliis verbis uterer in re tradenda, quam his ipsis, dono tibi hoc aut illud? quod non idem dici potest, ubi quid in futurum promittitur. Non est ergo istorum pactorum eadem ratio. Et ut quis diceret eamdem esse in hoc posteriore, non ideo tamen constitutio Justiniani producenda est ad consequentias, cum sit contra rationem juris. *L. quod vero, D. de legib.*

Balduin. *ad pr. I. de don. n.* 2. *et* 3. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I.* Gifan. *ad Rub. D. de don. n.* 18 *et seqq. et ad L.* 22. *d. t. n.* 5. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. Diss. *DD. vulgo* Gomez. 2. *Resol.* 4. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 48. Olim vero non ex nudo consensu valebat, sed aut traditione aut stipulatione firmata donatio *l.* 23. *de don. int. vir.* Quoties igitur in D. legitur facta per epistolam; toties per traditionem facta A. Fab. 15. *Err. Prag.* 10. Inter parentes tamen et liberos contendit. Hot. *ad L.* 6. *C. si alien. res pign.* donationem sine traditione ratam esse voluisse D. Pium *ex* 4. *Sent.* Pauli 1. §. 11. et per *L.* 4. 5. et 7. Theodosii *de don. Lib.* 8. *Tit.* 12. quæ in hanc rem satis clara. add. Cujac. 20. *Obs.* 2. Nec tamen recte, ideo Hotoman. *d. I.* 6. accipit de donatione, quam traditio non secuta. Quia id verba illius, *titulo donationis translatum* non patiuntur. Licet enim donatio illa valeret sine traditione et mancipatione solemnibus, non tamen dominium ante, ex juris ratione, transire potuit, sicuti nec hodie transfertur, sed tantum obligatio. *Nov.* 162. *C.* 1. ut ipse Hot. 4. *Obs.* 25.

(4) Per verba dabo, donabo, etc. vid Paralador. 2. *Rer Quotid.* 3. *n.* 9. Nec etiam hodie perfecta est, nisi, cui donatur, eam gratam ac ratam habuerit, præterquam in casu singulari favore Ecclesiæ. Cujac. *Cons.* 43. Nam vero si præsenti fiat, et tacenti silentio acceptari censeatur, vid. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 62. *n.* 12. *et seq.*

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

LIBER DECIMUSQUARTUS

De contractibus qui re fiunt, deque singulorum tum natura, tum obligatione propria pro natura cujusque.

CAP. I.

Mutuum quid sit, et quæ obligatione hine nata contineantur. Nomen quam conveniens rei, et ejus notatio.

Transitio et methodus. I.
Duplex significatio mutui. Ejus definitio. II.
Definitionis partitio. III.
Partitionis explicatio. IV.
Ex mutui natura esse ut dominium transferat: et tantundem reddi petat. Hoc quam vim habeat. V.
Notatio verbi mutui *atque etymon.* VI.
Plura de mutuo quæri solere, et illa quo e loco petenda. VII.

I. Contractibus cognitis iis, qui solo consensu constant, de quibus ut et de earum obligatione propria, superiore libro dictum est. Transeamus ad eos qui re fieri dicuntur, quibus in divisione contractuum a nobis instituta secundum locum dedimus. In his, ii qui certam appellationem habent, primum locum obtinent, et recto ordine prioribus subjiciuntur, utpote illustriores cæteris sequentibus, et qui ad priorum naturam propius accedunt. Hi sex sunt, ut diximus *Lib.* 12. *Cap.* 13. Mutuum, Commodatum, Depositum, Pignus, Dos, Donatio propter nuptias. Quorum de prioribus quatuor comprehensum est *Tit. Inst. de quib. mod. re contr. obl.* Duo posteriores a compositoribus juris rejecti sunt in tractatum de nuptiis tanquam res nuptiis adjunctæ. Sed si obligationem de his reddendis spectamus, et caussam ejus obligationis quærimus, reperiemus omnino et obligationem et caussam ad hoc genus referri. præter certum nomen quod et si contractus cum superioribus habent commune. De his ergo hoc loco, atque isto ordine deinceps dicemus. Id quærentes quod est propositum, quid sit horum unumquodque et ex his pro natura cujusque quæ obligationes et præstationes.

II. Mutuum et pro re mutuo data accipitur, ut cum dicimus mutuum dari. *L.* 2. in pr. *D. si cert. pet. Inst. quib. mod re contr. obl.* in pr. et pro contractu ipso mutui, ut cum dicimus mutuum contrahi. Nos cum Justiniano definitionem ad rem mutuam conferemus, inde contractum ipsum facile intellecturi. Est igitur mutuum res, quæ usu consumitur, atenda data ita, ut accipientis fiat, ac quandoque reposcenti creditori reddatur tantumdem. Definitio tradita non sane iisdem verbis, sed sententia eadem in *d. Tit. Inst. quib. mod. re contr. obl.* in princ.

III. Ea nos admonet tria esse summa, quæ mutuum constituant. Rem quæ datur, tanquam materiam in qua versetur mutuum: Rei hujus traditionem, tanquam formam rei gerendæ, aut si quis malit tanquam caussam efficientem; et Finem dandi hujus contractus proprium.

IV. Res sunt, omnes quæ usu consumuntur, quæ item a nostris dicuntur pondere, numero, aut mensura constare *d. Tit. Inst. quib. mod. re contr. obl. L.* 2. §. 1. *D.*

si cert. pet. Cujus generis res quæ sint, traditur in *Inst. ibidem.* Cur his rebus dicantur constare, exposui ad *d. L.* 2. §. 1. *si cert. petat.* Enimvero cur in mutuo hujusmodi res exigimus? Quia mutui natura exigit: quæ hæc est, ut hæ res utendæ dentur, et simul fiant accipientis. Quam ob rem mox dicetur. Supervacuum autem sit exigere dominii translationem in his rebus, quæ sic dantur utendæ, ut usu non consumantur. Res inventas traditio sequi debet, qua res dentur. Ut intelligamus, nisi res proficiscatur, non esse mutuum: atque hinc esse, quod dicatur mutuum re contrahi, ubi scilicet res tradita initium obligationi præbet. *d. tit. quib. mod. re contr. obl.* Finis dandi tria continet. Primum ut res detur utenda, ac post usum reddatur; sine quo aut donatio sit, aut venditio, et si quid est simile. Secundum, ut sic detur utenda, ut simul fiat accipientis. Quod in superioribus rebus utendis datis ideo fieri necesse est, quod non possit qui accepit suo jure uti, ut velit, nisi consumat; jure autem consumere aut alienare non possit, nisi dominio in eum translato. Nemo enim de re pro arbitrio statuere potest, nisi dominus. *L. in re. C. mand.* Tertium, ut reddatur tantumdem. Quibus verbis rursum tria continentur ad eundem finem pertinentia. Primum ut quid reddatur. Deinde ut aliud; postremo ut ita aliud, ut tamen id efficiat tantumdem; quod fit, si est ejusdem generis et bonitatis. *d. tit. Inst. quib. mod. re contr. obl. L.* 3. *D. si cer pet.* Quod aliud reddi debet, est conventionis tacitæ; quæ ex eo intelligitur, quod res utenda datur. Neque enim hoc aliud significat, nisi id agi, ut post usum reddatur. Quod placet, ut reddatur aliud; natura rerum mutuo datarum, et earum et earum translatio id facit. Nam si id agitur, ut tanquam suas consumere liceat; id etiam agi perspicuum est, ne eædem reddantur. Consumptæ enim reddi non possunt. Sequitur igitur, ut aut nullæ reddendæ sint, aut reddendæ sint aliæ. Rursum quia mutuum officii est et liberalitatis; nec convenit cuiquam officium suum esse damnosum; etiam hoc agi intelligendum, ut quod reddetur aliud, reddatur sine damno et injuria dantis. Quod fit alia re reddita, quæ sit ejusdem generis et bonitatis. Nam in rebus superioribus, quæ pondere, numero, mensurave constant, hoc evenit, ut ro ejusdem generis et bonitatis ac quantitatis soluta, æque satisfiat creditori, atque si res ipsa statim reddita esset, atque etiam magis. Idque est, quod Paulus ait, ista solutione apprime satisfieri creditori, quia hæ res functionem recipiant in suo genere magis, quam specie. Quod quid sit, exposui ad *L.* 2. §. 1. *si cert. pet.* ubi hæc ratio Pauli legitur.

V. Quæ omnia ad restitutionem pertinentia apparet ejusmodi esse, quæ obligationem mutui contineant, et eam, quæ ex natura mutui per interpretationem æqui et boni magis inducatur, quam nascatur ex conventione. Illud de superiore conventione tota monendi sumus: quod diximus mutuum dari hac conventione, ut fiat res accipientis, sic deinde reddatur tantumdem, de tacita conventione accipiendum esse, ut intelligatur, si quid adversus eam conveniat, non esse mutuum. Cæterum expressa conventio hic non desideratur. Constat ad omnem istam translationem et obligationem sufficere, res superiores ita dari, ut dicantur dari mutuo, et accipiantur hoc nomine. *L.* 3. *L. lecta, D. si cert. pet.* Ipso hoc verbo intelligitur id agi, ut ea sit translatio, et restitutio quam diximus, ratione æquitatis eam inducente. In quo est natura hujus contractus.

VI. De verbo mutui notandum, nomen ex re natum esse. Di tum est enim, non utique eo tantum quod de meo tuum fiat, ut est in *L.* 2. §. *appellata, D. si cert. pet.* alioqui donatum, venditionis, permutationis caussa traditum sit mutuum: sed quia vice versa hoc etiam agatur, ut tuum illud, quod acceperas, rursum fiat meum. Inest enim in hoc verbo reciprocatio mei et tui, idest hæc vis, ut meum tuum fiat, et retro tuum meum. Id usus loquendi veterum probat. Nam quæ sunt reciproca, mutua vocamus. Ut cum dicimus mutuum amorem; *L.* 1. *D. de donat. int. vir. et ux.* mutuam pensationem; *L. vero,* 39. *D. sol. matrim.* mutuas operas apud Terentium in *Phorm. Act.* 1. *scen.* 5. mutuam observantiam: cum scilicet hæc ita conferuntur a nobis in aliquem, ut rursum eadem, seu paria ab illo ad nos reciprocentur, et redeant. Sic autem fit in mutuo, ut quod de rebus superioribus tibi a me utendum datum est, rursum ad me redeat, et meum fiat, non si specie easdem res reddas, quæ datæ sunt, usu enim consumpsisti, sed si reddas tantumdem, idest res ejusdem generis et bonitatis, quibus ita redditis commodo ipso videaris maxime idem reddidisse.

VII. Plura et commentariis licet petere ad *d. L.* 2. *D. si cert. pet.* si de eo quæritur: Quomodo mutuum contrahatur. Habet et judicii hujus natura, quæ hic præcipue

spectari debeant, cum in genere actionis, tum in ejus actionis persecutione, ac jure. Quæ et ipsa fuse suis quæque locis in iisdem commentariis a me exposita, inde peti velim. Ut sunt hæc: Quæ hinc sit actio: de quo in *L. certi*, 9. in pr. §. 1. *et* 2. *eod.* Cui detur; de quo in *ead. L.* 9. §. *si summos. L. si a furioso*, 12. *L. si filiusfamilias* 14. *L. cum filiusfamilias* 17. *eod.* Adversus quem; de quo in *L. civitas*, 27. *L. si institorem*, 29. *L. qui pecuniam*, 30. *eod.* Qua de re, et ad quid; de quo in *L.* 3. *L. rogasti*, 11. §. *si tibi*, *L. vinum*, 22. *eod.* Postremo et quod pertineat ad periculum rei mutui nomine acceptæ; de quo in *L.* 4. *L. rogasti*, 11. in pr. *eod.*

CAP. II.

De Commodato, Deposito, Pignori dato. Quid sit horum unumquodque: Ex quo intelligatur, et ubi sit in his consensus ad obligationem contrahendam, et cur hæc re contrahi dicatur.

Methodus et propositum auctoris. I.
Commodati definitio et explicatio. II. et seqq.
Quid sit commodare. III.
Commodatum qua re differat a mutuo.
Et de notatione nominis. IV.
Debet esse gratuitum. V.
Differt a precario; et quomodo. VI.
Constat rei traditione, et conventione tacita de re eadem restituenda. VII.
Depositum quid. Rei traditione et ejusdem restituendæ conventione tacita perficitur. VIII.
Commendandi verbum qualenus depositi significationem habeat. IX.
Pignus quid sit. X.
Ad obligationem pignoratitiam traditio rei facta pignoris caussa requiritur. In quo posita illa obligatio. XI.
Ad contractum pignoris etiam tacita conventio restituendi necessaria: quomodo deprehenditur illa conventio. XII.

I. Qui sequuntur contractus tres, Commodatum, Depositum, Pignus datum, de his ita dicam, ut separatim quid sit horum unumquodque, quamque caussam ad obligationem in se habeat, definitione explicem: de obligatione autem eorum postea dicam in commune, quando hæc iisdem præceptis et præstationibus fere per omnia communibus contineatur: ne si separatim de hac dicam in singulis, sæpius eadem inculcare cogamur, quæ melius semel dici potuerunt, et vero debuerunt.

II. Commodare, unde commodatum, est rem quæ usu non consumitur, seu mobilem seu immobilem utendam gratis dare certo præscripto utendi sine aut modo. Quod diximus, rem quamlibet quæ non consumatur usu utendam dare, sic decribitur in §. item is, *Inst. quib. mod. re contr. obl. item is* in *L.* 1. *D. commod.* Adjicimus gratis, quoniam non est commodatum nisi gratuitum. *d.* §. *item is*, in extremo *L. si gratuitum*, 17. §. *si cum unum*, *D. de præscr. verb.* De fine et modo utendi significatur in *L. in commodato*, 17. §. *sicut*, *D. commod.* quæ explicanda sunt.

III. Est igitur (1) commodare rem dare. Recte dare, non (2) convenire de re danda ut intelligamus, si qua hic contrahitur obligatio, hanc quoque ut in mutuo, non consenso et conventione sola contrahi, sed re, ubi scilicet commodatum non nisi re secuta et tradita initium obligationi præbet. Atque hoc modo contrahi indicat Titulus Instito-

(1) Dicitur autem commodo, id est usu rei, Don. *ad Rub. C. h.* 1. *n.* 2. Mozz. *de Comm. d. C.* 1. *n.* 1. Generaliter enim significat prodesse, sed hic peculiarem significationem habet, Duar. *h. tit. Cap.* 1. vel qua cum modo, id est certa forma utendi datur, Wes. *in Par. h.* Oldend. *Cl.* 4. *act.* 15. Vult. *in* §. 2. *Q. Quib. mod. re. contr. n.* 4 *et* 6. Prius etymon voci convenientius, posterius rei ipsi et magis adæquatum, quia non quicquid commodat, commodatum est, et aliquando solius dantis gratia initur *L.* 5. §. 10. *L.* 10. §. 1. *L.* 12. *Pr. hoc tit.* Sane et operæ commodari dicitur et præsentia ab Advocato, Ascon. *in Divinat. Cic.* Jo. a Wouver. *not. in Petr. p. m.* 160. Legimus et usum vel rem ad usum mutuari *L. item* 49. §. 2. *de L.* 3. *L.* 12. §. 14. *de instr. leg.* Unde Cujac. *in Par. h.* et 11. *Obs.* 37. in commodato inesse mutuum ad usum, in mutuo commodatum ad abusum. Vid. de commodato Duar. *ad h. tit.* Gomez. 2. *Resol.* 17. Old. *Cl.* 4. *Act.* 15 Coler. *Decis* 7.

(2) Nam etsi convenerit ut mihi ex gr. equum commodes Lipsiam usque, nuda est pactio, actionem non pariens, Don. *ad Rub. C. h. n.* 5.

tionum *quibus modis re contrahitur obligatio*, cui Titulo hic contractus subjicitur in *d. §. item is*. Eademque obligatio verbo *dandi* significatur in sequentibus contractibus, qui et ipsi eidem titulo attribuuntur.

IV. Sed non simpliciter est rem dare, ut sit dominium transferre, id quod dandi verbum per se positum significat: *L. ubi, §. ult. D. de verb. obl. §. sic itaque, Inst. de act.* Sed dare (3) rem, quæ usu non (4) consumatur, tantum utendam. Qua nota utraque distat commodatum a mutuo. Nam et in mutuo res datur utenda. Unde permittere alicui uti pecunia nostra, est mutuam dare in *L. certi*, 9. *§. ult. D. si cert. pet.* sed datur res utenda quæ usu consumitur. Et ad eam consumptionem sic datur, ut fiat accipientis, quo is suo jure possit consumere. Utrumque contra in commodato. Si commodare est tantum utendum dare, *d. L. 1. commod.* nihil hic datur amplius, quam usus, salva manente rei substantia: neque id fit aliter quam si ea res detur utenda, quæ usu non consumatur. Sequitur igitur quod est in *L. (5) rei*, 8. et *L. nemo. seq. D. commod.* ut nemo commodando rem faciat ejus, cui commodat; et propterea qui dedit, rei commodatæ possessionem et proprietatem retineat. Et ex hoc usu nomen natum commodati. Nam hic usus nihil aliud est, quam rei commodum, quod concedentibus nobis ab alio ex re percipitur. Eo fit, ut qui re uti permittendo hoc commodum alii concedit, recte dicatur rem commodare.

V. Adjiciendum est gratis, ne sit locatio, mercede ab initio pro usu constituta; *d. §. item is*, in fin. *quib. mod. re contr. oblig.* aut incerti contractus species, si pro usu alia res præstatur, quam pecunia; aut pecunia quidem, sed quam placeat constitui postea. *Inst. de locat.* in pr. *arg. in L. si tibi polienda*, 22. *D. de præscr. verb.*

VI. Nondum satis ad definitionem. Nam hucusque omnia cum precario communia. Si quidem precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, et maxime gratis, ac liberalitatis caussa. *L. 1. L. 2. L. interdictum, D. de precar.* Unde et precarium simile commodato dicitur in *d. L. 1. D. de prec.* An quod hæc sunt eadem, ut non sit necesse quidquam amplius addere ad commodati definitionem? Sed hæc eadem non esse, diversa vocabula his indita facile indicant; argumento in *L. si idem. Cod. de codic.* multo autem magis vis et potestas utriusque generis. Nam ex commodato civilis actio est et certa, commodati. *L. in commodato*, 17. *§. sicut, D. commod.* Ex precario nulla nobis civilis, id est certa, et certi nominis. Unde et de eo interdictum propositum a prætore. *L. interdictum, D. de prec.* Qua igitur nota discernimus commodatum a precario? Nempe hac, quam ideo adjecimus in definitione, ut sit commodatum tum quidem, cum res utenda datur et gratis: sed tamen certo præscripto utendi fine aut modo. Id expressit Paulus in *d. L. in commodato*, 17. *§. sicut*, in princip. *D. commodat.* his verbis; *modum commodati, finemque præscribere ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit*, et quæ sequuntur. Ergo id facere, id est modum et finem præscribere in commodato, est commodare. Precarium autem est, cum res utenda datur simpliciter. Ut recte definiatur precarium hoc modo: quod gratis utendum datum est, nullo præscripto utendi neque fine neque modo. Exempli caussa. Dedisti mihi equum utendum, Si ad certos dies, si usque ad certum locum, si ad certum opus; commodatum est. Si simpliciter, precarium est. Item dedisti mihi trabem aliquam utendam rogauti. Si ad domum meam fulciendam, commodato; si simpliciter, dedisti precario. Hæc et his similia exempla de commodato extant in *d. L. in commodato*, 17. *§. sicut, commod.* Neq dubium, quin contraria conditio in precario intelligi debeat. Atqui id

(3) Etiam aliena *L.* 15. *et seq. h.* etiam incorporalia, ut habitatio, *L.* 1. *§.* 1. *in fin. hoc tit. L.* 17. *pr. de. præscr. verb.* id est servitus seu jus illud, de quo in *t. de Usu et hab.* Mozz. *Cap. de Rebus quæ comm. poss. n.* 2. nec recte Alb. Gent. 4. *Lect.* 5. et P. Greg. 23. *Synt.* 1. *n.* 2. exponunt de ædibus, quia in *d. §.* 1. fit extensio per voculam *amplius*. Et faciunt *L.* 3. *L.* 8. *§.* 5. *L.* 15. *§.* 2. *de precar.*

(4) Nisi et illæ ad pompam et ostentationem commodentur *L.* 3. *§.* ult. vel ut dicis gratia nummi intercedant *L.* 4. *h. tit.* id est, non serio, sed perfunctorie et simulate, ut defungi suo munere quis videatur, vel ut possit dicere se numerasse, vel ad solemnia peragenda, vid. A. Aug. 2. *Emend.* 2. *p.* 78. Covar. 4. *Resol.* 8. Duar. 1. *Disput.* 47. et ad *L.* 7. *§. dolo* 9. *de pact. et hoc tit.* Cap. 2. Coras. 4. *Misc.* 8. Turneb. 11. *Adv.* 12. et in *Varr. de ling. Lat.* 2. *f.* 397. Hopper. *Lib.* 1 [illegible] *pag.* 23. Connan. 7. *Com.* 2. *n.* 12. Cujac. 10. *Obs.* 37. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 35. Pithæ. 2. *Subsec.* 8.

(5) Jura Saxonico tamen res a commodatario alienata nequit repeti ab emptore, sed tantum actio contra commodatarium, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 60. vid. Coler. *Decis.* 9. *n.* 7. et seq.

effectus hujus distinctionis, qui in utroque genere diversus cernitur, facile probabit. Nam commodatum statim et intempestive repetere non licet. Scilicet quia datur ad certum modum, finemque utendi; ante quem commodatum repetere est contra bonam fidem. Denique est accipientem beneficio decipere, ut eleganter declaratur in *d.* §. *sicut*. At precarium non diutius durat, quam patitur is qui concessit. Idroque et statim cum videtur, licet revocare. *d. L.* 1. *L.* 2 *de prec.* An non ideo, quia non ad certum modum et finem utendi, sed simpliciter datur? alioqui non magi, hic liceret intempestive et contra tacitam conventionem rem repetere, non magis accipientem beneficio decipere, quam in commodato.

VII. Ex hac datione restituendi conventio, ex conventione, cui res tradita adjungitur, intelligitur is contractus, quem his quærimus, qui scilicet conventionem habens id habeat, sine quo nullus contractus est: *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* rem autem habens, unde obligatio initium sumat, sit vere is contractus quem re fieri dicimus. Traditio aperta est, sed nec obscure restituendi conventio hic se ostendit. Mitto, quod commodatum beneficii est et liberalitatis *d. L. in commodato.* 17. §. *sicut, commod.* Natura autem æquum est, tam diu unumquemque liberalitate mea uti, quandiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem, ut bene scriptum est in *L.* 2. *D. de prec.* Illud manifestam restituendi conventionem ostendit, quod commodatum datur nominatim ad certum usum, finemque præscriptum. Sic enim aperte intelligitur id agi, ut cum ad certum modum et finem usus fueris, commodatum amplius non habeas, si velim reposcere. Certo enim rei cuique præscripto modo aut fine, ultra concedi nihil intelligitur. *L. maritus*, in fin. *C. de proc. L. diligenter*, 5. *D. mand.* Quamobrem et agitur hoc ipsum aperte, ut hoc non finito eum reposcenti restituas. Sic enim desines habere, si restitueris.

VIII. Deponere, unde (6) depositum, est rem alteri custodiendam dare. Sic definitur in *L.* 1. *D. depos.* Recte, illum intelligimus quod nihil nisi custodiendum datur, nec quidquam vicissim præstatur promittiturve pro custodia. Alioqui pecunia interveniente locatio est: interveniente re alia; incerti contractus genus. Ut appareat depositum quoque, ut commodatum (7) gratuitum esse debere. *d. L.* 1. §. *si vestimenta*, §. *si quis servum, seq. D. eod.* Ita plenius recte definitur hoc modo, rem alteri gratis custodiendam dare. Hinc obligatio de eadem re restituenda. §. *pen. Inst. quib. mod. re contr. obl.* obligatio, quæ ex ipsa significatione verbi sua sponte intelligitur. Hoc enim rem custodiendam dare nihil aliud est, quam id agere, ut nihil de ea a nobis deposita transferamus in accipientem, sed ut eamdem rem habeamus ut prius, atque adeo ut per ejus custodiam magis habeamus. In quo perspicuum est id agi, ut reposcentibus nobis quandocunque volumus, restituatur. Sic enim fiet, ut custoditam, sic deinde restitutam salvam habeamus, quod aliena custodia quærebatur. Est igitur hæc restituendi obligatio ex contractu, quia ex conventione: et obligatio ita ex contractu, ut re contrahatur: quia ut sit depositum, prius rem poni apud alium oportet: et quia ejus restituendæ est, natura non patitur, quin prius res detur; atque ita res tradita initium præbeat obligationi.

IX. Hoc idem dicitur (8) commendare, ut est in *L. commendare. D. de verb. signif.* Sed generalis illic definitio ne nos fallat, animadversione indiget. Sic enim illic traditur, *commendare nihil aliud est, quam deponere.* Generaliter hoc modo definitum, falsum est. Neque enim cum aliquem commendo alteri per literas, ut in *L. si vero*, 12. §. *cum quidam, D. mandat.* eum quem commendo,

(6) Alias rem significat, ut cum dicitur restitui *L.* 10. *C. hoc tit.* alias contractum per metonimiam subjecti; quit et depositio *L.* 1. §. 22. *L.* 5. §. *ult. h.* A de et ponendo derivat Ulp. *L.* 1. *Pr. h. tit.* quia de auget significationem. Sic dedere, demare, deperire, demittere; sic deposcit Plaut. in *Arg. Mulat.* vide Cujac. *ad Afrecan. fi. ad* L. 20. *de man. test.* Casp. Schoppi. 2. *Verisim.* 9. licet in quibusdam minuat; vid. Taubman. not. in *Epidic. Plauti Act.* 1. *Sc.* 1.

(7) Scilicet mobilem quæ custodiam recipit, non vero item soli, Vult. in §. *præterea*, 3. *I. Quib. mod. re.* n. 11. Mozz. *de Depo* *C. de Reb.* n. 1. et *C. de substantial.* n. 6. et 7. Cum enim loco moveri nequeat, nec poni potest, ne dum deponi. Diss. Gœd. *ad L.* 110. *de V. S.* n. 3.

(8) Vid. Gœd. *ibid.* Hot. tamen 4. *Obs.* 14. interesse inter hæc vult temporis rationem Depositum dici quod diu servandum, *Coll. LL. Mosai. Tit.* 10. ubi sententiam quamdam Pauli emendat Hot. Commendatum vero ad breve tempus per *L.* 14. §. 4. junct. *L.* 40. *de R. I.* Quod discrimen inde non infertur. Quidni vere dicatur deposita res, etsi mox repetenda; neque enim diem conventioni adjicere necesse est.

apud illum alterum depono. Nec cum proficiscens commendo amico uxorem, liberos, familiam, domum denique totam; quidquam horum apud amicum depono; cum et domus maneat eodem loco, et familia domi. Sed tunc commendare significat deponere, cum prius id fit, quod depositi proprium est, idest rem alieni tradimus. sic deinde dicimus nos eam illi commendare. Ut commendare quod deponendi significationem habet, sit rem alicui traditam illi commendare. Ut fit in specie *L. Lucius, 24. D. de pos.* Ad quam speciem accommodate usus est Papinianus superiore definitione verbis quidem generali, ut est in *d. L. comm dare. de verb. sign.* sed quæ ad speciem illic propositam referri debeat. Ut sit sensus, commendare in specie proposita nihil aliud esse, quam deponere. Itaque vitiose compositores, qui sententia ex suo loco ubi quadrabat, transsumpta, ex speciali generalem fecerunt.

X. Pignus est res omnis pro debito creditori obligata. *§. item Serviana, Instit. de act.* Sed tunc proprie, cum res in eam caussam tradita est creditori. *L. si rem, 9. §. proprie, D. de pignerat. act. d. §. item Serviana.* Dictum est enim pignus a pugno: quasi quod manu tradatur. *L. plebs, §. pignus. D. de verbor. significat.*

XI. Sed non sic pignus accipimus per omnia in obligatione pigneraticia, de qua nunc agimus. Posterius quidem semper exigimus, ut quid traditum sit pignoris caussa, ut nascatur hæc obligatio. Prius autem ut vere sit pignus, non necessario ad hanc obligationem requiritur. Est hæc obligatio in id, ut res eadem quæ pignori obligata erat, restituatur, *§. ult. Institut. quib. mod. re contrah. obligat.* Id fieri non potest, nisi prius res creditori fuerit tradita, quam acceptam ille restitueret. Ideo et in hac obligatione, si pignus vere constitutum est, etiam id traditum esse oportet creditori, ut efficiatur id, quod proprie ita dicitur. Unde et pigneraticia actio dicta illa in personam, quæ de hoc pignore repetendo competit, dicto *§. ult. Institut. quib. mod. re contrah. oblig.* Sed ut contrahatur hæc obligatio, non est necesse rem ita dari pignori, ut sit vere pignori, seu ut in ea constet pignus: solum hoc sufficit datam esse rem pignoris caussa: id est ut esset pro debito creditori obligata, etsi jure non sit obligata. Idque ita intelligi potest. Nam ut vere contrahatur pignus, duabus rebus efficitur; si subest aliquod debitum, pro quo res obligetur: *L. 5. D. de pignor.* et si jure pro eo res obligetur. Quod ita fit, si is eam dederit, qui jus dandi habuit, id est si fuit in ejus bonis. *L. cum res*, et toto Titulo, *Cod. si alien. res pig. data sit.* Neutrum horum exigimus, ut sit pigneraticia obligatio et actio. Solum illud, ut tanquam pro debito res fuerit opposita ita, ut pignoris loco haberetur. Finge rem datam futuræ obligationis nomine, quæ postea secuta non est. Finge datam rem alienam pignori. De utraque restituenda pignoris nomine obligatur is qui (9) accepit, non secus, quam si vere pignus fuisset constitutum; *L. solutum, 11. §. 1. L. si rem alienam. 9. §. is quoque. L. si pignore, 22. §. si prædo. D. de pigner. action.* Quid si convenerit, ut res quæ vere erat debitoris, esset obligata ei, cui vere debebatur, non tamen res ei tradita fuerit? Pignus non minus jure contrahatur. *L. 1. D. de pignerat. action. L. si tibi, §. 1. D. de pact. L. 4. L. 5. D. de pign. §. item Serviana, Inst. de action.* Et hinc quidem actio in rem creditori, quæ dicitur hypothecaria et Serviana, *d. §. item Serviana.* Sed hoc ad pigneraticiam obligationem contrahendam, ex qua est actio pigneraticia, non pervenit. Pignus enim tradi oportet, non ut sic obligetur, sed ut restitui oporteat. Ergo hæc obligatio merito dicta est re contrahi, dicto *§. ult. quib. mod. re contrah. oblig.* ut cui initium non sit nisi ex re (10) tradita.

XII. Sed tamen ad contractum etiam inesse oportet conventionem restituendi. Sine qua ne contractus quidem sit, *d. L. 1. §. 1. D. de pact.* Ubi igitur et hic illa conventio? Inclusa est verbo pignoris. Et jam satis intelligitur, definitione verbi cognita. Nam si pignus res est ita data, ut sit obligata solum pro debito, aperte pignoris appellatio cogitatione contrahentium hanc significationem

(9) A. Fab. 7. *Conject.* 19. Sufficit ad pigneratitiam, quod in pignoris caussam res tradita deinde solutionem creditor acceperit. Alioqui alienam rem pignoris nomine impune retineret creditor. Nec distinguitur an debitor alienam sciens dederit. Nam et prædoni competit etiam de fructibus *L. 22. §. 1.* Nec enim æquum est propter personam prædonis, qui creditori satisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo jure et sine caussa. Facit *L. 63. de cond. ind.* Sic namque creditor ipse prædo fieret, prætendi caussam captans ex bonæ fidei contractu.

(10) Nuda quidem conventione contrahitur pignus *L. 1. pr. h. t.* re tamen obligatur qui pignus accipit, quia huic obligationi non constitutio pignoris, sed acceptio caussam dat. Duar. *de pignerat. act. Cap.* 1.

habet, ut si debitum non est, nec sit pignus. Denique definitio superior hoc ostendit, pignus esse accessionem principalis alicujus debiti et obligationis, quod et verum est. *L.* 5. *D. de pignor.* Ita fit, ut obligatione remota nullum possit esse pignus, sive ab initio nihil debitum fuerit, sive quod cœperat deberi, postea desierit. Hinc conventio ex vi verbi, ut sublata obligatione, ne creditor pignus habeat. Proinde ut restituat: si quidem hoc modo habere desinet. Unde et obligatio pignoris seu pigneraticia actio in hoc, ut pignus reddatur hac conditione cum omnis pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori. *L. si rem,* §. *omnis, D. de pigner. act.*

CAP. III.

De Commodati, Depositi, Pignoris dati obligatione et præstationibus mutuis in commune.

Commodati, depositi, pignoris obligatio tria habet communia; et quæ illa. I.
Accipientis obligatio præstat acceptæ rei curam, et tempestivam ejus restitutionem. II.
Cura dolum semper excludit; non raro et culpam quæ a dolo abest; et quando. III.
Tempestiva restitutio multiplex. Quæ ea; quomodo distinguenda. IV.
Utraque est rerum datarum, et earum quæ illis accedunt. V.
Posteriorum genera duo; et quæ VI.
Accedunt rebus datis aut illa quæ rem datam sequuntur; aut lucra ex re data percepta. VII.
Prioris generis exemplum. VIII.
Lucri, quod obvenit ex pignore, commodato, deposito, genera quatuor. IX.
1. *Fructus ex re percepti.* X.
2. *Pretium ex re distracta collectum.* XI.
3. *Pœna furti.* XII.
Cur pœnæ restitutio incumbit creditori duntaxat, non commodatario, vel depositario. XIII.
Differentiæ ratio a Bartolo et Accursio optime reddita; et quæ. XIV.
4. *Actiones, quæ accipienti ex re commodata, deposita, oppignerata acquiri possunt. Singularum exempla.* XV.
Harum restitutio cessione cujusque debet fieri: et quæ hic habenda distinctio. XVI.
Obligatio dantis præstat omne quod occasione rei datæ abest accipienti. XVII.
Nomine ejus quod abest veniunt damna, et impensæ. XVIII.
Damna in triplici genere; et quæ illa. Singula quatenus a dante præstanda. XIX.
Impensæ quænam; et quomodo repetuntur. XX.
In contrariis judiciis reorum condemnatio in ejus quod abest æstimationem duntaxat. XXI.

I. Jam de horum contractuum obligatione in commune dicatur, quando hæc communibus præceptis constans in varia dispertiri non debet. De his loquor, quæ in his pro natura contractus ex bona fide præstanda sunt sine alia manifesta conventione. Habet vero horum contractuum obligatio tria hæc communia, numerum obligatorum, mutuas actiones easdem, et in singulorum obligatione præstationes communes, si pauca quædam exceperis. Numerus obligatorum idem. In his enim non obligatur is tantum, qui rem accepit, ut reddat; sed et is contra sibi obligat dantem ut in mandato procurator. Ut merito in his quoque dicantur suscipi obligationes præstationesque civiles. Quod de commodato positum est in *L. in commodato,* 17. §. *sicut, D. commod.* Actiones in his istarum præstationum caussa non solum mutuæ propositæ, quod priori consequens fuit, *d.* §. *sicut.* Sed etiam actiones eædem in omnibus, nempe directa et contraria, quarum vim et significationem supra in mandato exposuimus ejus *Libri Cap.* 14. Directa, quæ danti adversus accipientem; Contraria, quæ accipienti adversus dantem competat. Sic dicuntur commodati actiones in *L. in rebus,* 18. §. *ult. D. commod.* Sic in deposito, et in pignore. Nam cum in his nominatur contrarium judicium, ut in deposito in *L.* 5. in pr. *D. depos.* In pignore, ut in *L. tutor,* 16. §. 1. *L. si rem,* 9. in pr. *de pignerat. act.* satis declaratur esse ex adverso directum judicium; cum non sint contrariæ actiones, nisi quæ directis opponantur, §. *ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. litig.* Jam et uniuscujusque obligationis horum præstationes fere unius generis. Ex quibus

quid in obligatione singulorum versetur, id est, quæ et qualis sit singulorum obligatio intelligetur.

II. Et ut ordiar ab ea obligatione qua tenetur, qui in his contractibus rem accepit, quæ et principalis obligatio est, et cujus nomine adversus eum directa et principalis actio, sic nominata in *L. in commodato*. 17. §. 1. *D. commod.* continetur hac omnis obligatio duabus præstationibus, tanquam partibus, Cura rerum ad fidem accipientis pertinentium, et Tempestiva istarum rerum restitutione.

III. Cura in eo, ut neque quid faciat ipse in his rebus, quo hæ pereant, aut deteriores fiant; neque etiam aliunde perire aut deteriores fieri culpa vel negligentia sua patiatur. Indicio erit, quod si quid horum acciderit, placet eum, qui rem accipit, dolum et culpam præstare. Dolum quidem semper sive commodatarius erit, sive creditor in pignore, sive depositarius, cujus nulla utilitas versatur in contractu. Sed et præter dolum latam culpam quæ dolo comparatur. *L. quod Nerva*, *D. de pos.* At culpam, quæ a dolo absit, quam nostri levem vocant, non uno modo, sed pro distinctione jure civili recepta, ut si quidem solius accipientis in contractu utilitas versetur, ut commodatarii in commodato, (1) omnem culpam et negligentiam is præstat. *L. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *D. commod.* Idem et si versetur utilitas utriusque, dantis scilicet et accipientis, ut in pignore, quod ita datur, ut et debitor pecuniam accipiat, et creditori de debito cautum sit. *L. si eum venderet*, 13. §. *ult.* et *L. ea quæ*, *seq. D. de pignor. act.* Quod si agatur solius utilitas dantis, quod fit in deposito, hic depositarius non alterius culpæ nomine teneatur, quam latæ; reliquam non præstet. *L.* 1. §. *ult. et LL. seqq. D. deposit.* Extat distinctio pluribus et ex professo tradita in *L. si ut certo*. §. *nunc videndum*, *D. commod.*

IV. Sed cura hæc omnis tandiu imminet, quandiu placet rem manere apud eum, qui accepit. Re repetita, sequitur altera pars hujus obligationis quam commodatarius, depositarius, creditor in pignore extremam præstare debeat, tempestiva scilicet earumdem rerum restitutio. Et in his quidem tribus contractibus pariter id agi, ut res quæ accepta est, et quidem eadem reddatur, diserte traditur in § *item is*, et dnob. seqq. *Instit. quib. mod. re contr. obl.* Sed non ut primum res data ex his contractibus reposcitur, ita statim restituenda est. Tempestivam restitutionem his exigimus. Tempestiva est aliter volenti restituere, aliter ei, a quo invito res repetatur. Restituere volenti tempestiva est quovis tempore. Nulla enim res cogit commodatarium, depositarium, creditorem, commodatum, depositum, pignus retinere. Adversus invitum autem ea tempestiva restitutio intelligitur, quæ suo tempore exigitur. De quo ex natura et fine horum contractuum tanquam tacita quodam conventione æstimandum est. Nam in commodato, cum detur id ad præscriptum utendi finem aut modum, nempe id repetendi tempus est, eum is usus finitus fuerit. Ante ab invito repetere non licet. *L. in commodato*, 17. §. *sicut*, *D. commod.* Pignus quoque cum detur creditori, ut sit ei cautum de pecunia credita, vel hinc satis intelligitur id tum repeti posse, cum pecunia soluta erit, aut eo nomine creditori satisfactum; prius repeti non posse, eoque nullam esse necessitatem restituendi, ne si vel minimum quid supersit ex ea summa, in quam pignus obligatum est. *L. si rem.* 9. §. *omnis*, *D. de pignor. act.* *L. quandiu*, *C. de distract. pign.* Depositum cum totum comparatum sit deponentis caussa, res loquitur, ipsum pro suo commodo id repetere posse, cum velit; cum nihil intersit depositarii id retinere, quod ad eum nullo modo pertinet.

V. Sed et cura et restitutio superior, quam ab eo, qui rem commodatam, depositam, pignori datam accipit, exigi dicimus, non omnium rerum est, sed ut adjeci, rerum ad fidem accipientis pertinentium. Has res quasnam esse intelligamus, videndum. Et hæ genere duæ sunt; Res principaliter data, et interdum Extraneæ quædam accedentes per consequentiam. Res principaliter data semper, quæ maxime propria restitutio est quæ in commodati, depositi, pignoris accepti obligationem et judicium venit, ut

(1) Vid. Duar. *de Commod.* *C.* 8. et ad tit. *Depos.* *C.* 2. Hinc in Commodato modo dolus et lata culpa præstatur, si solius commodantis gratia factum; modo levis si utriusque; modo levissima si solius commodatarii, ut plerunque Mozz. *de Commod. Cap. de Divis. n.* 2. Eademque distinctio in deposito, si quandoque fiat depositarii vel utriusque gratia, Mozz. *De Depos. Cap. de Divis. n.* 3. *et seqq.* et *Col.* 6. *n.* 4. Quidam volunt et casum fortuitum præstari in pignore, quando creditor possessionem pignoris per vim consecutus *L.* 36. *de pig. act.* Sed in specie *d. L.* nullum fuit pignus, sed nuda chirographaria obligatio, vid. Duar. *de pig. act. Cap.* 6. *in fin.*

declaratur §. *item is*, et duub. sequentib. *Inst. quib. mod. re contr. obl.*

VI. Externarum, quas accedere dicimus, species duæ; Quod rem principaliter datam sequi, ac propterea per occasionem ejus rei dati abesse cogitur; et Lucra, quæ ex re data accipienti obvenerunt.

VII. Quod rem datam sequitur, ut si equam meam tibi commendaverim, et pullus secutus sit matrem. Etsi hic pullus commendatus non est, ut quem nec potieris, nec ita habeas, ut commodo tibi ulli aut usui esse possit, tamen quia propter commodatum abest, placet eum non minus ad tidem, ad curam et restitutionem tuam pertinere, quam equam ipsam. *L. 5. §. usque adeo. D. commod.*

VIII. Quæ lucra ex re commodata, deposita, pignori data obtingere possunt accipienti, eorum genera incidere possunt quatuor: quæ ideo placet totidem in restitutionem horum judiciorum venire. Idque hac ratione, quæ redditur in *L. is cui*. 13. §. 1. *D. commod.* quod non conveniat ante rem aliquam quæstui cuiquam esse, quam res periculo ejus sit. Nempe ita dictante regula juris, quæ efficit, secundum naturam esse, commoda cujusque rei cum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum. D. de regul. jur.* Lucri et commodi genera, quæ dixi, hæc sunt.

IX. Primum (2) fructus ex re percepti. Finge creditorem ex re pignorata percepisse, eos judicio directo una cum re accepta restituere debebit, aut summam debiti catenus exonerabunt. *L. 1. L. 2. C. de pigner. act.* Idem de commodatario traditum in eo, quod apud eum ex re natum, editumve sit, in *L. cum qui*, 14. §. *non solum. D. de furt.*

X. Secundum genus est pretium ex re distracta collectum. Ut si proponas creditorem suo jure pignus vendidisse, et pretium accepisse. Quantum erit in eo pretio, quod debitum excedat, tantum creditor restituere debebit, utpote hactenus locupletior factus per occasionem pignoris. Etiam hujus superflui usuræ accedent, sive ipse ea pecunia usus est, sive eam pecuniam alii credidit, et usuras est consecutus. *L. 6. §. ult. L. penult. D. de pigner. act.*

XI. Tertium genus est pœna furti, si quam is, qui rem acceperat, ideo consecutus sit a fure, quia res tradita accipienti furtu ablata fuerat.

XII. Sed hujus partis restitutio solum consistit in persona creditoris, cui pignus surreptum fuit. Neque ad depositarium, neque ad commodatarium pertinet. Ad depositarium minime, quia si ei res deposita amissa sit furto, liberatur; et quia ea re fit, ut nihil ejus intersit rem amissam esse, sequitur, ut actionem furti ad pœnam persequendam non habeat is, cujus nihil interest furtum factum non esse §. *sed is apud quem. Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc. L. cum qui*, 14. §. *is autem*, *D. de furt.* Sed nec ad commodatarium hæc restitutio pertinet; dissimili tamen ratione. Nam commodatarius, ut si quis alius maxime re commodata sibi furto ablata, furti actionem habet, ut cujus maxime intersit rem furtu sublatam non esse cujus exacta custodia ad eum pertinet. §. *quæ de fullone. Institut. de obligation. quæ ex delict. d. L. cum qui*, 14. §. *si res commodata*, et §§. duobus seqq. *D. de furt.* Sed is hanc pœnam non restituit, si ejus lucro cedit. *L. ult. L. sed cum C. de furt.* Solum ergo hujus pœnæ restitutio ex tribus contractibus propositis obtinet in pignore. Quo surrepto habet et creditor furti actionem, ut cujus intersit pignus non surripi propter custodiam, quæ et ab eo exigitur. § *furti. Inst. de obligation. quæ ex delict. nascunt. L. creditoris*, 15. *D. de furt.* Sed pœnam furti consecutum placet cum debitori una cum pignore restituere debere, dum ne debitor ipse pignus surripuerit, et eo nomine conventus furti actione pœnam exsolverit. *d. L. si pignore*, 22. *D. de pignor. actione.* Miremur fortassis, in his qui pariter furti actionem habeant, eamque unam hanc ob caussam communem, quod istorum pariter intersit, rem his furto non surripi, aliud tamen atque aliud de hujus pœnæ restitutione in commodatario, et creditore jus statui. Ac magis subeat mirari, quod non solius commodatarii lucro placet hanc pœnam cedere, sed etiam idem conductori tributum legimus, *L. 6. D. loc.* quo tamen in contractu non minus utriusque ex contrahentibus utilitas versatur, quam in pignore.

XIII. Sed bene differentiæ ratio redditur ab (3) Accursio et Bartulo in *d. L. si pignore*, 22. *D. de pignor. act.* quod in commodato rei

(2) Vid. Jo. Cop. *Lib. 3. de Fruct. Tit. 4. Cap. 3.* Licet autem de his contractu non convenerit aperte, tacite tamen, eo ipso quo solus usus concessus, actum fuit ut quid ex cæteris rebus transferatur, Don. *ad Rub. C. de Commod. n. 16. et seqq.*

(3) His et Cujac. 8. *Obs.* 39. creditori satis est creditum salvum esse, conductori usum.

commodatæ usus commodatarii est, in locatione rei conductæ usus conductoris. Consentaneum igitur, ut sit eorum, quidquid propter hunc usum ab his percipitur. Ut cui caussam dederis, ei et effectum tribuas. Pignoris autem usus non est creditoris. Pignus enim manente proprietate debitoris, solam possessionem transferat ad creditorem, et eam nudam. *L. cum et sortis*, 35. §. *ult. D. de pignor. actio*, *L. si cum vendito*, 66. in princip. *D. de eviction.* Quapropter nec creditoris esse debet, quod propter hunc usum contingit.

XIV. Quartum genus lucri, quod esse possit ex re commodata, deposita, pignori accepta, est in actionibus, quæ ex hoc genere accipienti nasci possunt. Quales hæ sunt, actio furti, quam pignore sibi surrepto consecutus sit creditor, quamque etiam nunc habeat, nondum ea pœna exacta: actio ex vendito, quam idem pignore distracto, et necdum percepto pretio nactus sit: vindicatio aut actio in factum adversus eum emptorem, cui creditor pignus ita vendidit, ut vel ipsi vel debitori, si pecuniam offerret, pignus restitueretur. Quas omnes creditorem debitori cedere debere traditur in *L. si cum venderet*, 13. *L. eleganter*, 24. §. *si vendiderit*, *D. de pigner. actio.* Talis est et pigneratitia actio in hac specie, si tibi rem meam commodavi, ut eam creditori tuo pignerares, cumque eam oppignerasses, et pecuniam solvisses, eam non repigneres, seu creditor pignus non reddat. Habes enim hoc casu pigneraticiam actionem adversus creditorem tuum, quam actionem mihi cedere debes. *L. 5. §. nunc videndum, in quibus. D. commod.* Semper excipimus in hoc genere actionem furti, quam ex re commodata surrepta consecutus est commodatarius, cujus lucro et pœnam ex hac actione cedere paulo ante ostendimus.

XV. Notandum in cessione istarum actionum hoc discrimen, quod quædam ex his ceduntur sine damno et sumptu cedentis, quædam ita ut exerceantur cedentis sumptibus. Quod quibus hi actionibus accidat, hac nota discernendum est. Si qui rem accepit, actionem facto suo sibi non accersivit, eam cedet sine sumptu suo. Qualis est furti actio, quam creditor ex pignore surrepto consecutus debitori suo cedere cogitur. *d. L. si pignore*, 22. *D. de pigner. action.* Idem est, si actionem sibi accersivit, sed jure suo privato sine injuria ejus, a quo rem accepit. Veluti si creditor pignus vendidit suo jure, et necdum pretium accepit, necdum etiam tradidit emptori: *d. L. eleganter*, 24. §. *si vendiderit*, *D. de pigner. actio.* Quod si quis actionem sibi accersivit nullo privato jure, vel ita jure suo, ut cum injuria dantis id faceret, quam injuriam facto suo vitare potuerit, ita hæc omnis actio est, ut qui eam cedit, etiam in ea exercenda sumptus factos agnoscere debeat. Utputa: rem a me tibi commodatam, ut eam creditori tuo oppignerares, oppignerasti. Et pecunia a te soluta, creditor tuus non reddit. Cedes mihi actionem pigneraticiam quam adversus eum habes; sed quam exerceam tuis sumptibus, tanquam tibi commodo tuo accersitam nullo tuo privato jure. *L. 5. §. nunc videndum, in quib. et §. ab eo, seq. D. commod.* Idem dicemus, si vendidit creditor pignus, et pretio non accepto rem tradidit emptori. Habet et hic actionem ex vendito, quam debitori cedere debeat, sed suo sumptu exercendam: quia fuit in ejus potestate eam actionem non attrahere, si prius pretium acciperet, quam rem traderet. *L. eleganter*, 24. §. *si vendiderit*, *D. de pig. act.*

XVI. His præstationibus positis, quæ sunt propriæ principalis obligationis ejus, qui in superioribus contractibus rem percepit, si quidem omnia sua sponte ab eo præstantur, non plures sunt obligationis hujus, et directæ actionis præstationes. Quod si ea non præstantur, prima hic quæstio occurret, an semper, qui rem accepit, teneatur. Proxima si tenetur, quatenus teneatur. De quibus etiam nonnihil attingemus, ne conditio horum contractuum hac parte penitus ignoretur, de qua multa a veteribus sub ipsis titulis horum contractuum tradita legimus. Plura suo loco de universo hoc genere inter liberationes dicturi. Ergo si res quæ præstanda est extat integra apud eum qui ex superioribus caussis obligatur, nulla res ab eo afferri potest, cur quod potest, et debet, solvere non debeat. Sin rem amisit, aut deterior apud eum facta est, utemur hic lege et distinctione communi in omnibus debitoribus recepta, ut intersit, utrum quod accidit, acciderit casu, an debitoris facto: et in eo facto utrum dolo ejus, an culpa. Si casu, hunc nullo judicio præstari. *L. quæ fortuitis, C. de pigner. actio. L. contractus. D. de regul. jur.* Si dolo, hunc contra omnes præstare, et omnibus judiciis, etiam si nulla utilitas debitoris in eo con-

qui furto intercipitur, vid. et Vitul. 3. *Puri Lect.* 16. Rev. *ad L.* 46. *de S. I.* nimis restricte accipit *d. L.* 6. de furto facto ab ipso locatore.

tractu versetur, ut in deposito *L.* 1. §. *ult.* et *LL. seqq. D. deposit.* Et præter dolum, etiam latam culpam, quæ dolo comparetur. *L. quod Nerva, D. eod.* Si culpa, servandum, quod ante diximus, ut hanc præstent omnes, quorum utilitas in re accepta versetur, sive in totum, ut in commodato, sive ex parte, ut in pignore, *L.* 5. §. *nunc videndum, D. commod. L. si cum venderet,* 13. §. *ult.* et *L. ea quæ, seq. D. de pigner. act.* non præstent autem hi quorum utilitas nulla in contractu agatur. Qualis est depositarius. *d. L.* 1. §. *ult.* et *LL. seqq. D. deposit.* Hæc ita, nisi quid aliud convenerit tum de casu, tum de culpa. Hic enim valere omnem conventionem. Unde dictum, contractus ex conventione legem accipere. *L. contractus, D. de reg. jur. L.* 1. §. *si convenit, D. deposit.* Unam hic conventionem excipi, si convenerit, ne dolus futurus præstetur. Hanc enim turpem esse, ut quæ invitet ad delinquendum, impunitate delicti proposita. *d. L. contractus, de regul. jur. L. si unus,* §. *illud, D. de pact.* Hæc, de casu, dolo, et culpa in his judiciis, quia passim sub his titulis, qui sunt de hoc genere, occurrunt. Sed strictim, ac velut per indicem. Quia utrum debitor his intervenientibus nihilominus teneatur, an liberetur, locus est communis ad solutionem et liberationem obligationis pertinens, ubi et de eo in commune opportunius dicetur.

XVII. Hactenus principalis obligatio commodati, depositi, pignoris, ejusque obligationis præstationes, quarum nomine teneatur directis actionibus, qui ista accepit. Etiam, ut dixi, sua dantis obligatio est, qua accipienti contrario judicio, contraria actione tenetur. Hæc obligatio una et summa hæc est, ut si quid ei qui accepit, per caussam rei acceptæ et tractatæ abest, id ei ex bona fide præstetur ab eo, qui dedit. Ut hoc modo indemnis præstetur, qui accepit. Licet hanc obligationem summum intelligere ex eo, quod judicium contrarium, in hoc genere contractuum dicitur esse de indemnitate ejus, qui hoc judicio experitur. Est hoc quidem traditum de judicio contrario depositi in *L.* 5. in prin. *D. depos.* sed ita, ut ad cæteras omnes actiones contrarias non minus pertineat. Quod declaratur in *L. furti,* §. *ult. D. de his qui not. inf.* cum ita traditur de judiciis contrariis generaliter, in his non de perfidia agi, sed de calculo. Calculus est ratio accepti et expensi, ubi tantum præstatur, quantum subducta ratione, et deducto eo, quod acceptum est, expensum reperitur.

XVIII. Id quod accipienti propter rem acceptam abest, duo continet; damna per caussam ejus contractus contingentia, et impensas in rem acceptam factas.

XIX. Damnum quod hic præstandum sit commodatario, depositario, creditori in pignore, triplex est. Aut enim illis nascitur a persona dantis; aut a re accepta; aut a culpa et periculo horum ipsorum debitorum. A persona dantis quodcumque damnum est in re data illatum ab eo præstandum est. Contingit id intempestiva rei datæ subductione, vel ex eo, quod qui rem dedit, non præstat in re, quod debuit. Intempestiva et damnosa subductio est, veluti, si commodaverim tibi tigna ad fulciendam insulam, et cum fulsisses, ego ante refectionem detraxerim, quo facto ædes corruerint. Id vero damnum jure a me repetes, tanquam per beneficii tui caussam datum: quia si negasses, vel emissem aliunde, vel aliter mihi tutius cavissem. *L. in commodato,* 17. §. *sicut,* in fin. *D. commod.* Ut non præstet in re data, quod debuit, is, qui dedit, accidit potissimum in pignore, si quid debitor de re affirmavit, quod non erat, veluti si aurum esse dixit, quod dabat pignori, cum æs esset; aut si rem alienam, vel pignori obligatam dedit ignoranti. Quibus nominibus etiam placet eum pigneratitia contraria teneri. Præter stellionatum, quem admisit, qui fefellit sciens. *L.* 1. in fin. *L. si rem,* 9. in pr. *L. tutor,* 16. §. 1. *L. cum debitore,* 32. *L. si quis in pignore,* 36. *D. de pig. actio.* Et hæc si creditor ignoravit. Alioqui contra. *d. L. tutor,* §. 1. Idem est, si debitor astu recepto pignore tanquam aliquid facturus, illudat creditori. *L.* 3. *L. si pignore,* 22. §. *pen. D. de pignor. act.* A re accepta damnum contingit, cum rei datæ vitium damni caussam dedit. Veluti, si commodaverim tibi vas vitiosum, et infusum quod erat, effluxerit; aut si commodaverim, vel pignori dederim servum furem, et is tibi furtum fecerit. Hæc item damna placet a me tibi præstari debere, si tamen sciens rem talem esse ignoranti dedi. De vase vitioso commodato est in *L. in commodato,* 17. §. *sicut,* in fin. *D. commod.* De servo (4) fure commodato in *L. pen. D. eod.* De servo fure pignori dato in *L. si servus*...

(4) Ubi qui scivit talem esse servum, tenetur in solidum, detracta noxæ deditione *d. L. pen.* ignorans subjuncta noxæ deditione vel furti noxali, vid. Cujac. 8. *ad Afric. in d. L.* 31.

vus, 31. *D. de pigner. act.* A culpa accipientis ejusdemque debitoris damnum est, cum commodatarius rem commodatam, creditor pignus acceptum perdidit. Jam dixi et commodatarium in re commodata et creditorem in pignore culpam præstare debere, cui culpæ attribuitur furtum earum rerum. §. *quæ de fullone*, *Instit. de obl. quæ ex del. L. cum duobus*, 52. §. *damna*, *D. pro soc.* Quæ res facit, ut re deperdita ambo in æstimationem rei teneantur. In hoc damno placet, si res quæ prius deperdita erat aliquo casu ad dominum redierit, cum aut rem præstare debere iis, a quibus litis æstimationem acceperat, aut eam æstimationem his reddere. *L. in commodato*, 17. §. *ult. D. commod.* sumptum ex regula naturæ, quæ efficit, bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.*

XX. De impensis in rem acceptam factis ita placuit. Eas et commodatarius, et depositarius, et creditor, si (5) necessariæ fuerint, repetunt. *L. si necessarias* 8. in pr. *D. de pig. act. L. in rebus*, 18. §. *non possunt*, *D. commod.* Exceptæ in commodato servo, aut animali cibariorum impensæ, item modicæ impendia in valetudinem servi commodati, aut ad eum qui in fuga erat, requirendum facta. Modica accipe, quæ cibariorum impendia non excedant. Quæ omnia ideo placet naturali ratione ad onus commodatarii pertinere, quia et commodo rei utitur. Hoc in d. *L. in rebus*, 18. §. *possunt*, *D. commod.* Utiles impensas non aliter isti repetunt, quam si aut inchoata a domino absolverint, aut voluntate ejus inchoarint, et perfecerint, aut dominus facile eos sumptus ferre possit, ut ne propterea cogatur rem vendere. Exstat hæc distinctio in *L. si servos*, 25. *D. de pigner. act.* Quæ utiles non sunt, nullo judicio repetuntur. *L. si pignore*, 22. §. *ult. D eod.* Merito autem de his impensis contrario judicio agitur; quia et hæ propter commodatum, depositum, pignus impendenti absunt. Pertinet enim ad omnium officium, qui ista acceperunt, bonam fidem in re accepta præstare, etiam si sit depositarius tantum. Atque hujus bonæ fidei est, rem non negligere, sed quod pro tuo captu possis, id ad rem tuendam facere. *L. quod Nerva*, 32. *D. de pos.*

XXI. Superiora hæc desideranti si præstantur, obligationi contrariæ satisfactum est. Si non præstantur sponte, nihilominus una hæc condemnatio est, ut quanti idest, quod abest, in tantam æstimationem qui commodavit, deposuit, pignus dedit, contrario judicio damnetur. Meminerimus enim semper, in contraria actione de indemnitate actoris agi. Quod nihil aliud est, quam in ea id agi, ut quod actori abest, id ei præstetur. Itaque quibus pœnis diximus augeri contumaciam non restituentis in directis judiciis, sciamus eas omnes cessare adversus reum in judiciis contrariis, ut non alia hic confitentis, alia inficiantis aut recusantis pœna sit. Et hoc est, in judiciis contrariis non juratur in litem, ut in directis *L.* 5. in princ. *D. de pos.* Nec in his ulla ex caussa ne ex depositi quidem, de eo, quod abest, dupli condemnatio est: *L.* 1. §. 1. *D. de pos.* Postremo nec ex his damnatum infamia sequitur. *L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* §. *ex quibusdam*, *Inst. de pen. tem. litig.*

(5) Quæ fiunt perpetuæ utilitatis caussa, non temporalis, quæ quotidie repetendæ; regula enim ut qui percipit commodum, ei quoque adjunctum onus ferat. Don. *ad Rub. Cod. de Commod. n.* 22. vid. Duar. *ad Tit. D. Commod. Cap.* 5. et 6. Mozz. *de Commod. col.* 4. *de Naturalib. n.* 8. *et seq.*

CAP. IV.

De dote. Quid sit; Quomodu constituatur: ubi desinat; Quod jus mariti et uxoris in dote: Quæ ex dote data obligatio: et quodnam hic genus contractus.

Nexus, et ratio ordinis. I.
Dos quod sit. Partitio a caussis. II.
Dotem efficit non res promissa, sed tradita. III.
Dotis traditio aut naturalis, aut civilis. Qualis utraque. IV.
Peragitur inter maritum et uxorem. Quæ utriusque munia. V.
Dos datur 1. *propter nuptias. Hoc quale sit.* VI.
2. *Ea conditione seu lege; ut fiat mariti. Et hoc quando.* VII.
3. *Pro oneribus matrimonii. Quid juris isto nomine tribuatur in dotem marito.* VIII.
Æstimatas res in dotem datas pleno jure pervenire in mariti dominium. IX.
Inæstimato traditas præter rei vindicationem, et jus utendi fruendi nullam dominii partem tribuere marito. X. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Dotis restituendæ obligatio ex eo contractu, cui præter conventionem res tradita formam tribuit. XIII.
Nisi intervenerit stipulatio. XIV.

I. Etiam dotis restituendæ obligatio re contrahitur, eodem plane modo, quo in mutuo rebus in dotem datis, quæ pondere, numero, mensurave constant; aut in commodato, deposito, pignore, in dotem datis rebus certis, ut natura rei non patiatur, hujus restitutionis obligationem a superioribus contractibus divelli. Id definitione verbi cognita facilius intelligetur.

II. Dos est (1) res quævis uxoris nomine marito data propter nuptias, ut dum nuptiæ stabunt, fiat mariti pro oneribus matrimonii, quatenus necesse est ab eo ita haberi ad matrimonii onera inde substinenda. Observentur hic res seu caussæ, quæ dotem constituant. Sic partibus separatim cognitis, facilior et certior erit totius cognitio. Caussæ hæ sunt; Res, in qua dos consistit; Datio hujus rei; Personæ, inter quas hæc datio peragitur, et finis dandi. Dos est res quævis. Quippe dotem res omnes recipiunt, nihil ut intersit, corporales sint, an incorporales, ut ususfructus et quæ sunt in nominibus: et ex corporalibus, utrum mobiles, seu se moventes, an immobiles. *L. unica*, §. *exactio*, *C. de rei ux. act.*

III. Est res, (2) non de qua convenit, ut doti esset; sed quæ in eam caussam data est

(1) Ita et Zas. *ad Rub. Sol. Matrim. n.* 14. definit Rem quæ per uxorem vel ejus nomine marito ratione matrimonii tradita est, vel promissa; et *n.* 16. *et seqq.* dotem non esse jus universale contendit contra Bartolum, et alios, quia jus universale proprie sit quod abstrahetur a rebus et sine ullo corpore esse potest *L.* 50. *de pet. her. l.* 7. *de pecul.* Quia jus universale non vindicatur, dos autem ita *L.* 30. *C. de I. dot. hoc tit.* Et quid si solus fundus detur in dotem; num unicum corpus erit jus universale? Jus universale separari potest a singularibus; tolle res dotales, quid supererit. Esse quidem dotem aliquo sensu jus incorporale, sed non universale. Augeri dotem posse *L.* 31. §. *ult. Sol. Mat.* verum et feuda augeri, et fundum alluvione, quæ nemo jura universalia esse dicet. Hæc et alia Zasius cujus opinionem et 8. rationibus firmat Fach. 10. *Cont.* 31. Sed eandem refellit A Guib. *de Dotib. C.* 2. Cujac. *in Par. h. t.* et Duar. *ad Rub. Sol. matr. t. de dotib. C.* 1. *in pr.* generis loco pecuniam ponunt, quod reprobat Vult. *in pr. I. Quib. al. lic. n.* 8. *et seqq.* ac inter res ipsas dotales et dotem seu jus in rebus, ab iisque tanquam adjunctum a subjecto differens, distinguendum monet et *t. Disc.* 19. Dos quid sit vid. et Gribald. *ad Rub. Sol. matr. Q.* 11. Vaçon. 6. *Declar.* 93.

(2) Quam tamen et vere dotem esse vult Zas. *ad Rub. Sol. matr. n.* 15. *per tit. Cod. de dot. promiss. et tit. de dote cauta non num.* et probat Fach. 10. *Contr.* 34. et fere Cujac. 14. *Obs.* 9. Sed reprobat A. Guib. *de Dotib. C.* 2. 11. *et seqq.* Utut sit, ubi de dote restituenda agitur, *ut hic*, dotis nomine venire non posse evidens est. Quando autem idem jus in dote promissa quod in tradita, vid. Tiraq. *de Retr. convent. ad fin. tit. n.* 32. *et seq.* Sane non omnia uxoris bona jure Civili dotalia censentur, ne illata quidem. Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 17. vid. Mozz. *de Matrim. col.* 4. *n.* 2. *et* 3. late Menoch. 3. *Præsumpt.* 6. Toming. *Decis.* 30. Nam præter dotem paapherna habebat uxor. *L.* 9 §. *ult. hoc tit.* et Receptitia, vid. Cujac. *ad tit.* 6. *Ulp.* Ræv. *de Auct. Prud. Cap.* 4. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 39. Et raro omnia bona in dotem data fuisse tametsi lienerit *L.* 4. *de cod. hoc tit.* apparet ex eo quod contra dationem omnium bonorum in dotem mulier in integrum restituitur *L.* 1. *Cod. si adv. dot.*

marito. Ut jam hinc intelligatur initium obligationis restituendæ dotis, non ex conventione, sed ex re tradita initium sumere. De quo mox plura. Potest quidem dos marito promitti, ut hoc consensu secutis nuptiis dos debeatur. *L. ad exactionem, C. de dot. promiss.* Sed hæc dotis promissio est, non dos. Inter quæ multum interest. Promittitur enim dos futura. Dos nisi præsens nulla est: cum scilicet quod doti destinatum erat, traditium ad maritum pervenit. Unde prædium dotale definitum, cum dominium marito quæsitum est, seu cum prædium ad eum pervenit. *L. dotale*, 13. *§. dotale. L. si nuptura, seq. §. penul. D. de fund. dot.* Quod si ante dos esset, esset utique et ante prædium dotale, cum dotale sit omne, quod est dotis. Atque hinc initium et caussa dotis constituendæ, ut si quis quærat, quomodo et quando dos constituatur, recte responsuri simus tunc constitui, cum res doti destinata, in hanc ipsam caussam marito data est. Non distinguimus, quando hic res detur dotis nomine, ut intelligatur, nihil interesse, quando in eam caussam res data sit. Nam et ante nuptias et nuptiis contractis dari posse, ut sit dos; et quemadmodum ab initio dos constante matrimonio dari potest: sic et ante datam constante matrimonio augeri posse. *L. ult. §. 1. Cod. de donation. propter nupt.* Sed et illud datum, quomodo hic accipiendum sit, considerandum est.

IV. Sciendum vero est, dotem marito datam videri dupliciter; Naturaliter, et Civiliter. Naturaliter datur marito, cum re ipsa ei traditur quod in dotem habeat: quomodo vere et maxime proprie rem dari constat. Civiliter dari intelligitur, quæ cum revera tradita non sit, tamen jure pro tradita habetur. Quod accidit bifariam. Uno modo si maritus dote ab alio promissa, eam (3) pro accepta habeat, promissorem per acceptilationem, aut nuda conventione liberando. *L. promittendo*, 41. in pr. et *§. 1. L. si ei nuptura*, 25. *D. de jur. dot.* Altero modo, si dote a debitore mulieris promissa, per maritum factum sit, quominus tempestive promissam exigeret, et inter moras promissor solvendo esse desierit. Hanc culpam et periculum quia præstat maritus, fit, ut videatur dotem accepisse, quam non accepit. *L. si extraneus*, 33. *D. de jur. dot. L. Maria*, 49. *D. sol. matr.* Diversum est si dos a muliere, aut ab eo, cui mulier successit, promissa sit, quam maritus non exigendo amiserit. Non enim convenit, quod vir ab uxore exigere non potuit, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. *L. pen. §. ult. L. nupta* 30. *§. 1. D. sol. matrim.*

V. Personæ, inter quas superior datio peragitur, sunt maritus et uxor. Marito dos datur. *L. ult.* 2. resp. *C. de donat. prop. nupt.* Hic enim est, qui matrimonii onera sustinet. Dos autem his ferendis destinata est. Si tamen alii data erit volente marito, ut patri ejus, perinde haberi debet, quasi ei da'a esset. Res datur nomine uxoris. Maxime quidem si ipsa eum sui juris esset, de suo dederit. *d. L. ult. C. de donat. propt. nupt.* Sed ita, ut nihil referat utrum det ipsa, an alius ejus nomine, sive pater, sive extraneus quivis. Usque adeo, ut si quis alius ejus nomine simpliciter dederit, de dote sibi restituenda ab initio nihil pactus, dos efficiatur propria mulieris, quasi ipsa suo nomine dedisset. De quo postea in exactione dotis, *L. ex morte. §. ult. C. de pact. convent. L. unica, §. accedit. C. de rei ux. act.*

VI. Sequitur finis dandi. In quo insunt hæc tria, ut detur res (4) propter nuptias: detur ita, ut fiat mariti, dum matrimonium stabit: detur autem pro oneribus matrimonii, quatenus ad ea sustinenda ita haberi necesse est. Primum datur hic res non simpliciter, sed propter nuptias, *d. L. ult.* 2. resp. *C. de donation. propter nupt.* Conditio ita dotis propria, ut sine matrimonio dos esse non possit. *L.* 3. *D. de jur. dot. d. L. ult. C. de donation. propter nupt.* Unde et promissio dotis quamvis simpliciter interposita, semper vi sua tacitam conditionem habet, si nuptiæ sequantur: ut nec prius agi possit, quam nuptiis secutis, et his non secutis, quasi deficiente conditione nulla sit actio. *L. stipulationem*, 21. *D. de jur. dot.* Qua ratione et illud placuit, inutilem esse promissionem dotis, cum mulier dotem promittit mortis caussa: quia, inquit Tryphoninus, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est. Hoc ille in *L. si pater*, 76. in fin. *D. de jur. dot.* Significat, dote mortis caussa a muliere promissa, nullam promitti dotem

(3) Confessio vero dotis receptæ quando marito, quando item creditoribus noceat vid. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 86. *et in L.* 50. *et* 3. *seqq. n.* 52. Covar. 1. *Resol.* 6. *n.* 4. *et seqq.* Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 1. *Gl.* 18. *n.* 82. *et n.* 88. Menoch. 3. *Præsumpt.* 12. *et seq.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 46. Fach. 8. *Contr.* 86. *et seqq.* Coler. *de Proc. exsec. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 103. *et seqq.*

(4) Dos non est sine nuptiis *L.* 3. *hoc tit.* Vocatur tamen ita dirempto matrimonio, donec legitime restituta, Zas. *ad Rub. Sol. matr. n.* 8. *et seq.* sed vid. A. Guib. *de Dotib. C.* 2. *n.* 15. *et* 2. *seqq.*

quæ matrimonii oneribus serviat, seu quæ detur propter nuptias, ex quo recte colligit, nullam promitti. Id autem sic efficitur. Nam quod mortis caussa promittitur, non prius ratum est, quam mors secuta sit promissoris. Morte enim donatoris hujus generis donationes primum confirmantur. *L. non videtur* 32. *D. de mort. caus. don. L. antep. C. de donat. int. vir. et. ux.* Sic fit, ut mulier mortis caussa dotem promittens intelligatur tunc certo promittere, cum mortua erit. Atqui illa mortua, cum ea matrimonium esse non potest. Sequitur igitur, ut et in id tempus promittere intelligatur, cum nulla sit dos sine matrimonio. et ut Tryphoninus loquitur, nulla, nisi quæ oneribus matrimonii serviat. Confirmat hanc interpretationem *L. Julianus.* 20. *D. de jur. dot.*

VII. Eadem res ita datur propter nuptias, ut fiat mariti. Unde et maritus dominus dotis esse dicitur. *Inst. quib. al. lic. vel non.* Atque hinc etiam illi vindicatio rei dotalis. *L. doce, C. de rei vindic.* Quæ actio nisi domino proprie non competit. *L. in rem, D. de rei vind.* Sed quæ res datur propter nuptias, et pro oneribus matrimonii, perspicuum est de ea id agi, ut fiat mariti, non longius, quam quandiu matrimonium stabit, et perseverabunt onera matrimonii. Ideo matrimonio soluto, et dos esse desinit, et dominium rerum dotalium a marito recedit. *L. in rebus, C. de jur. dot.* Ut vere dicturi simus, quemadmodum dos data a nuptiis incipit: sic nuptiis solutis finem accipere.

VIII. Postremo hic res datur, non simpliciter ut fiat mariti, sed ita, ut sit apud eum pro oneribus matrimonii. *L. pro oneribus, C. de jur. dot.* Hoc quoque ita proprium dotis, ut nulla sit dos, quæ matrimonii oneribus non serviat. *d. L. si pater,* 76. in fin. *D. de jur. dot.* Ergo huc usque progreditur datio dotis, ut nihil in ea amplius fiat mariti, quam quatenus necesse sit rem ab eo haberi ad onera matrimonii inde sustinenda: id quod definitione hactenus complexi sumus. Videndum igitur, quatenus necesse sit ad eam rem dotem fieri mariti: unde intelligamus hactenus eum dominum esse dotis; ultra id dominum non esse.

IX. Et de hoc jure dominii dotis ex conditione rei in dotem datæ æstimandum est. Multum enim interest, utrum res in dotem dentur, quæ pondere, numero, mensurave constant, an aliæ et in aliis utrum æstimatæ dentur, an non æstimatæ. Quæ pondere, numero mensurave constant, hæ in dotem datæ pleno jure fiunt mariti, non solum, ut vindicare possit tanquam suas, sed et alienare, et de his quidvis statuere pro arbitrio: tantumque in his hæc obligatio contrahatur, non ut eædem res reddantur, sed aliæ ejusdem generis et bonitatis: eodem plane modo, quo in mutuo fieri diximus. *L. res in dotem,* 42. *D. de jur. dot.* De quo amplius dicendum erit in dotis restitutione. Et res cæteræ æstimatæ in dotem datæ eodem jure ad maritum transeunt non tanquam in dotem datæ, sed tanquam marito venditæ, ut eodem loco opportunius infra dicetur. *L. plerumque.* 10. §. *pen. D. de jur. dot. L. unica,* §. *cumque* in fin. *C. de rei ux. act.* Ut in his duobus generibus rerum in dotem datarum, non sit, cur reformidemus sine exceptione pronuntiare, maritum pleno jure istarum rerum dominum fieri, ut possit, quidquid libet de his statuere; nec unquam de his rebus uxori sit actio adversus maritum, aut ullos alios possessores.

X. Quæ autem species non æstimatæ in dotem dantur, hæ non sic fiunt mariti, ut pleno jure sint ejus. Tantum hic ex universo dominii jure duo marito tributa sunt; rei datæ vindicatio, et (5) utendi fruendi jus. Vindicationem indicat *L. doce, C. de rei vind.* Fruendi jus intelligitur ex eo, quod fructus dotis dicuntur mariti esse pro oneribus matrimonii *L. dotis,* 7. *D. de jur. dot. L. pro oneribus, C. eod.* Quamobrem hæc duo illi tributa, dicam paulo post. Ante ostendamus nihil ex reliquo dominii jure ad maritum pertinere; atque adeo eum vere dotis dominum non esse, de quo inter interpretes tandiu quæsitum et certatum est. Quod ex effectis et attributis veri dominii cognoscemus. Dominorum in re sua hæc sunt quatuor: perpetuitas juris: alienandi potestas; quodcumque ex re ortum sit, aut ei accesserit, id habere: rem cujus dominus quis sit, sibi habere, non alii. Nihil horum mariti rebus certis in dotem simpliciter datis. Non est igitur maritus vere dominus dotis. Singula consideremus. Primum omne dominium semel alicui quæsitum, perpetuum est: ut nisi facto domini ab eo non recedat. *L. id quod nostrum, D. de regulis jur.* Non sic res dotalis in dominio mariti, quæ simul at-

(5) Hinc est quod si conventum ut fructus in dotem convertantur, pactio non valere videatur, quia videlicet nullum ex dote commodum maritus sentiat. Distinguendum tamen, ut in *L. 4. de pact. dotal.* de quo A. Fab. 6. *Conject. ult.* A. Guib. *de Dot. b. Cap.* 1. *n.* 6. *et seqq.*

que matrimonium solutum est, mariti esse desinit ipso jure; et quidem ita, ut nunquam ejus fuisse videatur, sed semper in dominio uxoris mansisse. *L. in rebus, C. de jur. dot.* Jam quandiu dominium perseverat, domino, qui rerum suarum administrationem habeat, rei suæ alienandæ jus est: si modo recte dicitur unumquemque esse moderatorem et arbitrum rei suæ. *L. in re, C. mand.* Alienatio dotis marito est interdicta. *Institut. quib. al. lic. vel. non.* in princip. Solum concessa servorum dotalium manumissio, libertatis favore; et hoc tantum quatenus maritus solvendo est. *L. servum dotalem, D. de manumis. L. 3. C. de jur. dot.* Præterea si quis est dominus rei; etiam dominii jure ad eum pertinent omnia tam quæ rei accedunt, quam quæ ex re nascuntur; sive sint in fructu, sive non sint. At si quid non est in fructu dotis, id ad maritum non pertinet. *L. unica, §. cumque,* in fin. *C. de rei uxor. act.* Qua ratione thesaurum in fundo dotali a marito inventum placuit non fieri ejus in solidum, sed pro parte tantum, quasi in alieno inventum. *L. fructus, 7. §. si fundum, D. sol. matr.*

XI. Postremo quisquis rei vere dominus est, id quod habet, sibi habet, non alii; suo commodo rem servat, suo incommodo negligit ita, ut si quid ex eo damni sit, nulli ejus rei rationem reddere debeat, nec cuiquam eo nomine teneatur. Contra maritus fundum dotalem et species cæteras non æstimatas in dotem datas ita habet, ut tanquam res alienas ad fidem ejus pertinentes curare debeat, rationem omnium redditurus soluto matrimonio, et in his præstaturus dolum et culpam, et quantam solet in suis rebus adhibere diligentiam. *L. in rebus, 17. D. de jur. dot. L. si cum dotem, 24. §. si maritus, D. sol. matrim.* Ne igitur maritum rei dotalis proprie dominum esse dixerimus, cui tam multa dominii propria detrahi videmus. Id certius etiam ita esse statuemus, si animadverterimus constante matrimonio alii dominium tribui. Neque enim duo ejusdem rei in solidum domini esse possunt. *L. 5. §. ult. D. commodat.* Quis ergo dominus dotis etiam constante matrimonio? Re vera uxor sola. Jam primum hoc multis locis testatum est. Quo pertinent hæ sententiæ: Dotem, etsi in bonis mariti est propter actionem, quam habet dotis persequendæ caussa; tamen esse mulieris. *L. quamvis, 75. D. de jur. dot.* Item, Dotem esse proprium patrimonium filiæfamilias etiam constante matrimonio. *L. 3. §. ergo, D. de minor. L. pater, 71. D. de evict.* Et quod sine ulla ambiguitate scriptum est in *L. in reb. D. de jur. dot.* res dotales sicut ab initio uxoris fuerunt, ita et nuptiis secutis naturaliter permansisse in ejus dominio. Subtilitate quidem legum transitum earum rerum in patrimonium mariti fieri videri: sed non ideo veritatem rei deletam vel confusam esse. Ubi opponens Imperator veritatem rei subtilitati juris, satis aperte significat non esse in re atque hoc dominio id quod subtilitas juris marito tribuere videbatur. Hinc et illa dominii effecta uxorem secuta, Quod re dotali evicta, ei actio ob evictionem datur. *d. L. quamvis, 75. D. de jur. dot.* Quod quæ rei accedunt, quæque ex re nascuntur, si non sint in fructu, cedant mulieri, ut suo loco dicetur. *L. unica, §. cumque C. de rei ux. act.* Quod ei res dotales curantur, ut eas quandoque maritus salvas et integras illi restituat soluto matrimonio. *d. L. in rebus, 17. de jur. dot.* Tantum ei ad justum et plenum dominium deesse videtur rei dotalis vindicatio. Nam hæc ei denegatur diserte in *d. L. doce, C. de rei vind.* Quam tamen domino competere inter omnes convenit. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionem, D. de obl. et act.* Sed ne hæc quoque pars desideretur in dominio mulieris, non inscite dici potest, etiam eam habere vindicationem rei dotalis: non quidem per se, quod negatur in *d. L. doce,* sed per interpositam personam mariti. Maritus enim rem dotalem vindicat; sed uxori, non sibi. Vindicat enim, ut rem habeat. Habet, ut curet. Curat, ut cum pro officio boni viri usus fuerit, integram quandoque soluto matrimonio mulieri restituat. Ut hæc ejus cura in rebus dotalibus obligatio est. *d. L. in rebus, 17. D. de jur. dot.* Ut recte dici possit vindicationis exercitationem esse mariti, emolumentum mulieris; quod et emolumentum Tryphoninus mulieri tribuit in *d. L. quamvis, 75.* in fin. *de jur. dot.* Cur ergo non ipsi mulieri potius recta vindicationem damus? finis summus doti datæ propositus in hanc necessitatem rem adduxit. Finis hic est, ut sit dos apud maritum, unde habeat, quo sustineat onera matrimonii. Id ita consequitur maritus, si fructus ex re percipiat, qui ad eam rem conferantur. Percipere autem non potest, nisi rem habeat ad eum usum sibi paratum, cum velit. Nec vero potest ita habere, nisi sit jus ejus rei retinendæ et vindicandæ. Ita fruendi facultate in dote marito constituta, vindicatio secuta est, non quæ vere dominum eum faceret, sed quæ fruendi facultatem magis confirmaret.

XII. Hic objiciuntur illi loci, quibus do-

minium rei dotalis marito tribuitur. Mitto, quod Tryphoninus scribit dotem esse in bonis mariti. *L. quamvis*, 75. *D. de jur. dot.* Dici enim potest ideo esse in bonis ejus, quia is actionem habeat rei persequendæ caussa, neque ideo tamen eum dominum esse. Quia generaliter dicatur res esse in bonis nostris, quoties possidentes exceptionem; aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus. *L. rem in bonis*, 52. *D. de acq. rer. domin.* Hoc autem multo alii plures habent, quam domini. *L. bonorum*, *D. de verb. sign.* Et vero hoc sensit Tryphoninus, qui cum dixisset dotem esse in bonis mariti, subjicit, tamen eam esse mulieris: aperte significans aliud esse rem in bonis alienjus esse, et rem simpliciter dici ejus. Præterco igitur superiorem locum Tryphonini, qui facile hic eludi potest. Illi loci urgentur, quibus dominium mariti in dote non obscure statuitur. Dicitur rei dotalis dominium marito quæsitum in *L. si prædium*, *C. de jur. dot.* Idem aperte dicitur dominus fundi dotalis. *Inst. quib. al. lic. vel non.* Et quid est, cum rem dotalem vindicare posse, nisi eum esse dominum: cum vindicatio nisi domino non detur? *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed et quod maritus servos dotales manumittere potest. *L. servum dotalem*, *D. de manumission.* *L.* 3. *C. de jur dot.* an non certum argumentum est, eum vere dominum esse? certi enim juris est, eum qui dominus non sit, manumittendi jus non habere. *L.* 4. *C. de his qui a non dom. manum. sunt.* Ad hæc omnia unum sit nobis hoc responsum, maritum dotis dominum esse non simpliciter, sed (6) modo quodam, et ex parte, nempe vindicatione tenos, et fruendi potestate; in servis autem etiam manumittendi et jubendi jure. Cætera dominii ejus non esse: ut vere et simpliciter dominus dici non possit nec jure gentium, nec jure civili. Amplius dicimus, ne eam quidem vindicationem, quæ dominii est, proprie eum habere. Habet enim, ut ante dixi, non sibi, sed uxori. Ex quo est, quod dicitur in *d. L. in rebus*, *C. de jur. dot.* subtilitate juris in maritum dominium transire videri, sed veritatem rei aliter se habere. Cur ergo videtur? quia jus vindicationis exercitionem marito tribuit, quæ potestas domini esse solet. *L. in rem. D. de rei vind.* Cur autem non ideo re vera dominus est, qui hactenus videtur esse? quia unamquamque rem ex effectu et emolumento suo æstimare debemus. At emo-

(6) Variæ hic sunt sententiæ. Alii distinguunt inter dominium naturale et civile. Vac. 3. *Declar.* 49. *n.* 15. alii inter bonitarium et Quiritarium. Perenn. 2 *Anim.* 2. illud marito, hoc uxori tribuens Hot. *in pr. I. Quib. al. lic.* qui contra maritum dominum nudo nomine et jure Quiritum, uxorem vero cum re et effectu. A. Fab. *ad L.* 8. §. 1. *Qui satisd.* qui olim maritum bonitarium dominum fuisse statuit, uxorem Quiritariam, hodie contra *L.* 30. *C. hoc tit.* mulieri verum et naturale, marito civile et fictitium dominium tribuit. At *tit. C. de nudo jur. Quir. toll.* hanc distinctionem explodit. Cujac. 10. *Obs.* 32. inspecto initio maritum dominum esse, effectu uxorem, quia plerumque soluto matrimonio ad eam redit. Alc. *in L.* 17. *de aq. poss. in fin. n.* 17. vocat dominium mulieris κατὰ πρόληψιν sicuti sui heredis vivo patre, et fere, P. Greg. 9. *Synt.* 18. Zas. *in Par. de R. U. n.* 13. Uxoris dominium quod jure naturali habeat inumbratum esse dum durat nexus jugalis, ut quod actiones exercendas cæterosque effectus maritus pro domino habeatur. Vult. 1. *Disc.* 19. inter rerum dotalium et juris in illis rebus constituti dominium distinguit. Sed illius sententiam convellit, *pr. I. Quib. ex ca. al. lic.* ubi ex instituto Imperatoris liquet proponi regulæ illius, quod cuivis domino alienare liceat, exceptio in marito, qui quamvis dominus, non tamen alienare possit. Ideoque tropo metonymiæ nullus ibi locus, Regulæ enim non conveniret exceptio. Quin imo ipsa dos fere mulieris esse dicitur *d. L.* 71. *de evict. d. L.* 75. *hoc. tit.* res vero dotales mariti. Pluribus eam distinctionem confutat M. Lyclama *Lib.* 7. *Membran. eclogn* 26. Quid enim si jura in dotem data ut ususfructus, et similia, anne tunc erit marito dominium juris in jure, etc. Jo. del Castillo *Contr. Quotid. de Usufr. Cap.* 4. multis hinc inde agitatis, tandem *n.* 36. mulieris esse verum dominium, id autem aliquando tribui marito fictione quadam, juris, vel propter commodum fructuum, et administrationem. Quicquid vero interpretes quantumque varient, maritum rerum dotalium verum dominium constante matrimonio habere verius semper putavi. Nam et quibuscunque caussis traditio non domini usucapiendi facultatem; iisdem veri domini traditio dominii jus transfert *L.* 74. *de Contr. empt. L.* 11. §. 2 *de act. empt.* §. 5. *in fin. I. Per quas pers.* At uxor casibus quibus domina non est transfert usucapiendi conditionem *L.* 1. *D. pro dote.* Unde et marito competit Publiciana *L.* §. 1. *de Publ.* certe non ratione juris alicujus in re, sed ipsius rei dotalis. Nec obest quod perpetuitas deficit. Quia id tum alias crebro accidit ut ex caussa dominium etiam ipso jure recedat *tit. D. de in diem add.* et *de leg. commiss. L.* 8. *Cod. de rev. don. etc.* tum hic fit præter votum conjugum *L.* 1. hoc *tit.* Verum pluribus hæc firmare dubiisve omnibus occurrere quia institutum non sinit, adeat lector Marc. Lyckla *d. d. Lib.* 7. *ecl.* 26. et *Lib. studios. juris Velit.* 1. *Contr.* 6.

lumentum hujus actionis, ut et totius dotis, est uxoris, ut ante diximus. *d. L. quanvis*, 75. *D. de jur. dot.* Idem de manumittendi et jubendi jure in servis licet dicere. Servos dotales maritus manumittere potest: sed favore libertatis, et praeterea his conditionibus, quae facile declarent rem hic geri uxori, non marito. Nam primum ita manumittere potest, si maritus solvendo sit, *d. L. servum dotalem. D. de manumission.* Tum autem servis dotalibus a marito manumissis, quae jure patronatus ad eum pervenerunt, ea uxori restitui debent, non aliter, quam si ab ea servi manumissi essent. *L. si constante*, 24. §. *si vir. L. dotalem*, 61. *D. sol. matrim.* Sed et si qua hereditas defertur servo dotali, mariti est jubere, ut servus aut omittat hereditatem, aut adeat: sed utrumque ita, ut uxori hoc officium praestet, cui postea soluto matrimonio rationem reddere debet, si quid in eo secus quam expedit, fecerit. *L. servus*, 58. *D. sol. matrim.* Sic fit omnino, ut vere dicturi simus, dominium istud dotis, quodcumque est, quod marito in superioribus rebus tribuitur, magis apud maritum depositom videri, quam in eum translatum. Neque de eo aliter loquitur Tryphoninus id *d. L. quanvis*, 75. *D. de jur. dot.* qui dominium apud maritum esse scribit, cujus emolumentum sit mulieris. Non dicit dominium esse penes maritum, quasi quod sit illius vere; sed esse apud maritum, quasi apud eum depositum dicas, quod suo tempore salvum et integrum restituere debeat.

XIII. Intelligitur jam ex hac definitione, quae hic obligatio constituatur accepta dote, et unde, et quo genere contractus; id quod jam ab initio proposuimus. Obligatio hic constituitur eadem, quam in mutuo, commodato, deposito, pignore constitui ante diximus: nimirum ut dos data quandoque restituatur. *L.* 2. *D. sol. matr.* alias eadem specie, ut in commodato, deposito, pignore: alias eodem genero, quod sit ejusdem quantitatis et bonitatis, ut in mutuo; de quo in restitutione dotis dicetur. Unde igitur haec obligatio restituendae dotis? Ex contractu, quia ex conventione. Ubi autem illa conventio? Dixi supra intelligi ex fine rei datae, similiter ut in superioribus contractibus, quos re fieri dicimus. Quemadmodum enim cum mutuum aut commodatum damus utendi caussa, ex eo intelligitur id agi, ut finito usu res reddatur: sic in dote cum res datur propter nuptias, et ut oneribus matrimonii serviat, atque hoc ipsum significetur verbo dotis, non dubie solo verbo dotis datae hoc agi intelligitur, ut ne sit dos sine nuptiis: atque ita fiat, ut quemadmodum nulla dos esset non secutis nuptiis, sic nulla etiam sit soluto matrimonio: id autem est, ne amplius dotem maritus aut heredes ejus habeant, proinde ut restituant. Sic enim, ut dixi, desinent habere, eum restituerint. Quodnam autem hic contractus genus? An dubium est conctractum esse ex genere eorum, quorum obligatio re contrahi dicitur, cum videamus hic rem dari, ut suo tempore reddatur, ut in mutuo, commodato, deposito, pignore dato. Omnino quae obligatio cumque ad restituendum est non potest aliter, quam re contrahi: ubi scilicet res tradita initium obligationi praebet, non sola conventio. Non enim prius res restitui potest, quam accepta fuerit. Et ita etiam hac parte jus est, ut non teneatur maritus dotis nomine, nisi quatenus acceperit. *L. maritus*, 52. *D. sol. matr.*

XIV. Videri tamen potest Justinianus de genere hujus contractus aliter constituisse, qui ad repetendam dotem pro vetere actione rei uxoriae actionem ex stipulatu dedit. *L. unica*, in pr. et §. 1. *C. de rei uxor. act.* §. *fuerat*. *Inst. de act.* Si hic actio ex stipulatu, obligatio verbis contrahitur; non re. Nam ex stipulatione est obligatio verborum. *Inst. de verb. obl.* Sed cum ille hanc actionem det, sive stipulatio intervenerit, sive non intervenerit velit tamen existimari intervenisse: perspicuum est constitui hoc ab illo non ex vero, sed (7) ex fictione. Caeterum res sic habeat, ut sive stipulatio interposita sit de dote restituenda, sive non sit, nunquam obligatio dotis restituendae contrahatur, nisi cum dos data est marito. *d. L. maritus*, *D. sol. matrim.* Ut propterea semper vere dicatur, dotem ex re data et tradita initium superiori obligationi praebere, unde et necesse sit tanquam ex hac caussa actionem dari, nisi stipulatio interveniens aliam actionem suggesserit.

(7) Ob favorem dotis intervenisse fingitur, Duar. *ad L.* 1. *Sol. matr.* Nam ut vere sit stipulatio sine verbis nulla Lex efficere potest. Donel. noster *ad L.* 1. *pr. de V. O. n.* 7. *et* 8. Neque haec praesumpta est stipulatio, sed legis fictione inducta. Menoch. 3. *Praesumpt.* 5.

CAP. V.

De obligatione restituendæ dotis. Quæ in hujus repetitione spectanda. Et quæ prima hic quæstio est, An et quando repeti dos possit seu constante, seu soluto matrimonio.

De obligatione reddendæ dotis cur instituta peculiaris tractatio. Quatuor hujus capita; et quæ. I.
Quare duo illa: de tempore petendi; et de jure petendæ dotis *jungenda.* II.
Dos, constante matrimonio peti non potest; nisi maritus vergat ad inopiam. Quæ utriusque ratio. III.
Si maritus volenti dotem uxori lubens solvat: non liberatur, nisi causa justa reddendi affuerit. Quæ ejusmodi causæ. IV.
Soluto matrimonio reddi debet: etiam si res sit aliena; et quare. V.
Exceptio duplex, et quæ. VI.
Ut maneat apud maritum matrimonio soluto, aut conventio facit, aut culpa mulieris. Quomodo ex utraque causa. VII.
Constante matrimonio restituta peti non potest, si adhuc extat, aut fuit reddita justis de causis. VIII.
Quod jure veteri doti inæstimatæ restituendæ tempus præstitutum; et quod ex jure Justinianeo. IX.
Quid si ea de re partes aliter convenerint. X.

1. Postquam accepta dote effectum est maritum re obligari, ut dotem quandoque restituat, non aliter quam in mutuo, commodato, et similibus contractibus hujus generis: deinceps ordine de hac obligatione, et quid natura ejus ferat, inter hos ipsos contractus videamus. Habet vero natura hujus obligationis in omnibus fere sui partibus propria et peculiaria quædam eum in persequendi jure, tum in personis, rebus, actionibus ad hanc restitutionem pertinentibus. De quibus eum in commune cum cæteris obligationibus dici non possit, faciendum nobis est, si quidem hanc partem plane nosse volumus, ut semel atque hoc loco omnia complectamur. Insunt autem in hac persecutione hæc, quæ gradatim quærantur: Primum an semper dos repeti possit. Secundo loco, si potest, quando possit. Tertio, cum erit petendi tempus, quibus dotis exactio competat, et adversus quos. Quarto, quid in hanc obligationem et petitionem veniat. Postremo quæ sint eo nomine actiones, quales et quibus privilegiis donatæ. De quibus dicam eodem ordine, progressum atque ordinem naturæ in his secutus.

II. Ac primum quod quæritur, an dos repeti possit, quia de eo æstimandum est ex tempore, quo dos petitur, utpote secundum quod varietur jus petendi: idcirco de utroque conjunctim dici oportet, de tempore petendi, et per id tempus de petendi jure: ac de utroque sic habendum.

III. Dos, ut est natura ejus, constante matrimonio peti non (1) potest. *L. filiæ. C. sol. matrim.* Est enim contra legem et finem doti propositum: ut quæ ita detur, ut perpetuo sit apud maritum pro oneribus matrimonii. *L. 1. L. si pater, 76. D. de jur. dot.* Adversus quam legem aperte facit, qui constante matrimonio et perseverantibus ejus oneribus dotem repetit. Hoc tamen ita temperandum esse visum est, nisi qua necessitas et utilitas dotis repetitionem hanc etiam constante matrimonio inducat. Necessitas hæc est, si maritus (2) vergat ad inopiam. *L. ubi, C. de jur. dot.* Quo casu pla-

(1) Vid. Sc. Gentil. *Lib. 4. de Don. int. vir. C. 20. et 3. seqq.* Si tamen ob nimiam sævitiam fiat separatio tori, licet matrimonium vere non dirimatur Beust. *de Matrim. C. 10.* Covar. *de Matrim. P. 2. C. 7. §. 6. n. 1.* dos statim reddenda. Hipp. de Marsil. *in L. ult. C. ad L. Cor. de sic. n. 22.*

(2) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *et 3. seqq. n.* 33. *et 2. seqq.* Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 12. Gail. 2. *Obs.* 83. *et seqq.* Andr. Rauchbar. *P. 1. Quæst.* 33. Jo. Bapt. Costa *de Facti scient. Dist. 70. Cent. 2.* Herman. Meirer. *Lib. 2. de Præferend. Cred. Tit.* 5. *n. 25. et seqq.* Sc. Gentil. 4. *de Don. int. vir.* 23. ubi quærit an cautione præstita restitutio evitari possit, vid. et Toming. *Decis.* 58. Vergere ad inopiam, et labi facultatibus, per famam et rumorem vulgi probari, post alios Freher. *Lib. 2. de Fama Cap. 13. n. 5.* Ac si uxor furiosa sit ut illi restitutio fieri nequeat dos sequestranda, Andr. Clud. *de Jure Sequest. Cap. 5. Casu* 4. Quid si vir postea ditior redditus an dotem recipit? Negat ex plerorumque sententia Tiraq. *Tr. Cess. caussa Limit.* 14. Gomez. *d. lo. n.* 35.

cet exinde dotis actionem mulieri competere, ex quo evidenter apparuerit doti non sufficere mariti facultates. Id sic explicatur in *L. si constante*, 24, in pr. *D. sol. matrim.* Quod æquissime constitutum est. Quamvis enim dos constante matrimonio sit in bonis mariti; tamen revera mulieris est. Emolumentum certe mulieris. *L. quamvis*, 76. *D. de jur. dot.* Ut minimum dos in ea caussa est, ut quandoque soluto matrimonio reddi debeat, eamque a muliere recipi etiam publice intersit: *L.* 1. *D. sol. matrim.* Utraque res facit, ut sic dos debeat manere apud maritum, ut tamen et de ea prospectum sit mulieri adversus inopiam mariti. Quod ita fiet; si dos repetatur etiam constante matrimonio, cum adhuc in facultatibus mariti aliquid superest: ne si illa exspectet, dum solutum sit matrimonium, sero agat, ac dos illi interim perierit.

IV. Usque adeo autem extra hunc casum cessat dotis repetitio constante matrimonio, ut per id tempus nec volens maritus volenti uxori dotem recte solvat, quin matrimonio quandoque soluto dotem restituere debeat mulieri aut heredibus ejus, si forte mulier acceptam dotem consumpserit. Nisi tamen justis ex caussis maritus reddiderit. Justæ caussæ reddendi hæ: si mulier accipiat, ut impendat aut in res sibi necessarias, puta ut æs alienum solvat; aut in res certam et mansuram utilitatem allaturas, veluti ut prædia idonea emat: aut in rem alienam, sed pro officio, quod pietatis ratio ab ea exigat; puta ut liberis ex alio viro, aut fratribus, aut parentibus consulat; dum egentes alit, aut redimit ex hostibus vel latronibus, aut vinculis liberat (3): hæc in *L. quamvis*, 20. *L. sed etsi seq. D. sol. matrim.* Hinc intelligitur, constante matrimonio esse, cum dos repeti non possit; quod regulariter definitur: esse etiam interdum, cum possit.

V. Nec minus in tempus soluti matrimonii eadem distinctio quandoque incidit. In quo si quæritur, quid hic regulariter servetur, contraria superiori hic definitio est, qua placet soluto matrimonio dotem restitui debere. *L.* 2. in pr. *D. sol. matr.* Et recte. Nam quæ res ita datur, ut matrimonii oneribus serviat. *d. L. si pater*, 76. *de jur. dot.* apparet ea lege accipi, ut cum matrimonium, ejusque onera soluta erunt reddatur, ut diximus in obligatione hujus restitutionis contrahenda. Proinde etsi res aliena a muliere quanvis sciente in dotem data erit, tamen restitui ei debere placet, quasi suam dedisset. Nempe ex conventione, quia quod dotis nomine datum erat, hac lege acceptum intelligitur. *L. si alienam*, 11. *D. sol. mat.* Sic et eos qui scientes commodaverunt rem alienam, quanvis fures sint aut prædones, tamen commodati habere actionem placuit. *L. commodare*, 15. *L. ita seq. D. commod.*

VI. Et tamen hoc quoque ita accipiendum est, nisi qua justa caussa repetitionem dotis etiam per id tempus adimat: quæ caussæ interdum incidunt. Hæ genere duæ sunt. Una, si dos apud maritum manere debeat. Altera, si jam ante constante matrimonio dos reddita sit, et sit in ea caussa, ut iterum peti non possit.

VII. Ut dos soluto matrimonio manere debeat apud maritum duæ res faciunt; (4) Conventio, et culpa mulieris. Conventio, si in dote danda convenerit, ut mortua in matrimonio muliere apud maritum remaneret. *L. si pater*, 12. *D. de pact. dot.* Sed si convenerit, inquam, ut id fieret mortua in matrimonio muliere. Nam ut matrimonio soluto, muliere superstite, dos apud ma-

(3) *L. mutus* 73. §. 1. *de I. Dot.* late Sc. Gentil. quem ad hoc adi *de Don. int. vir.* 22.

(4) Vel ex lege municipali eodem casu dotem illiusve partem marito tribuente. De interpretatione hujusmodi statutorum. vid. Jo. Vinc. Hondedæ *Vol.* 2. *Cons.* 3. et 4. Sed nunquid ut illi lucro dotis locus, requiritur ut traductio et complexus maritalis sequutus? Aff. P. Greg. 45. *Synt.* 14. *n.* 7. *et seqq.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. Don. v. donatione largitus n.* 222. *et seq. junct. n.* 230. A. Guib. *de Sponsal. Cap.* 3. *Quid sint sponsalia n.* 1. Cypræ *de Sponsal. Cap* 3. §. 35. Vasq. 1. *Contr. usufrey.* 3. *n.* 21. cujus hæ rationes, paucis excerptæ: 1.° Tale lucrum propositum viris ad officium prolis gignendæ alliciendis. Quo fine deficimus nisi etc. 2.° Cum in defectum liberorum proponatur, casus supponendus, quo liberi possunt suscipi. (3) Hoc statutum quodammodo votum captandæ mortis continet, ideoque restringendum. 4.° Populari loquendi usu in statutis attendendo, antea sponsi dicuntur non conjuges. 5.° Indignus commodi, qui onera matrimonii nulla sustinuit. In lucranda vero dote, statuta non loci contractus, sed domicilii mariti, respicienda, Vasq. *d. lo. n.* 20. Num hoc casu legatum viro ab uxore computetur in dotem, vid. Forst. 9. *de Success.* 7. Quid si ex pacto vel statuto dos debeat marito cedere, et in diem promissa, uxor vero ante diem mortua? Vid. Rauchbar. *P. Q.* 3. Menoch. 6. *Præsumpt.* 1. *n.* 21.

ritum heredemve ejus maneat, pacto effici non potest, ne si convenerit quidem, ut dos hoc casu maneret apud maritum intervenientibus liberis, et liberi interveniant. *L.* 2. *D. de pact. dot.* Est enim hoc pactum contra dotem, inquit Ulpianus, *d. L.* 2. Adimit namque dotem mulieri superstiti. Quod autem contra dotem, idem est et contra utilitatem publicam, quæ in dote mulieri conservanda versari existimatur. *L.* 1. *D. sol. matr.* At quæ ejusmodi pacta sunt, constat non esse servanda. *L. juris gentium*, *§. si paciscar*, *D. de pact.* Quod de priore illo pacto dici non potest: eum sciamus mortuæ mulieri dote opus non esse. Culpa mulieris idem efficit, cum culpa ejus matrimonium solutum est. Ut si repudiata sit, propter (5) adulterium, cui lenocinium mariti caussam non præbuerit. Hæc culpa dote mulctatur. Et dos mariti lucro cedit. *L. Lucius*, 38. *L. viro*, *seq. L. cum mulier*, 41. *D. sol. matrim. L. consensu*, *C. de repud.*

VIII. Dos constante matrimonio restituta iterum peti non potest, si aut soluto matrimonio adhuc exstat, aut quæ nunc consumpta est, ante restituta sit justis de caussis. Quæ adhuc exstat, ideo repeti non potest, quia bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.* Sed et justis de caussis ante solutum diximus soluto matrimonio amplius peti non posse, et quæ hic justæ caussæ essent, exposuimus. Indicantur caussæ in *L. quamvis*, 20. et *L. seq. D. sol. matrim.*

IX. Sed etsi soluto matrimonio dos reddi debebit (debebit autem semper extra supra scriptas caussas) non tamen semper debet statim restitui. Olim hoc erat restitutioni præstitutum tempus, ut si res in dotem datæ essent, quæ pondere, numero, mensurave constarent, redderentur annua, bima, trima die, idest divisis in tres annos æquis portionibus quarum una exacto primo anno, altera secundo, tertia tertio solveretur. Cæterarum rerum tam mobilium, quam immobilium præsens erat repetitio Justinianus constituit, ut immobiles statim restitui deberent, ut jus antiquum erat; mobiles autem non nisi post annum, sublata rerum mobilium et superioris temporis distinctione (6) *L. unica*, *§. cum autem*, *§. exactio C. de rei uxor. act.*

X. Quod tempus ita servabitur in dote exigenda, nisi quid aliud convenerit. Licet enim de eo pacisci: sed hac lege, quæ in dotis restitutione perpetua est, dum ne mulieris conditio deterior fiat. Ideo ut citeriore die dos reddatur, quam lege tributum est marito, pacisci licet. Ut autem solvatur longiore die, convenire non potest, non magis, quam ne omnino reddatur. Hæc in *L. de die*, 14. et 2. *seqq. D. de pact. dot.*

(5) De quo Cujac. *in Nov.* 22. *et ad Cap. plerumque* 4. *de don. int.* Covar. *P.* 2. *de Matrim. Cap.* 7. §. 6. Beust. *de Matrim. cap.* 21. *et in L. admonendi* 31. *de Jurejur. n.* 958. *et seqq.* A. Guib. *de Dotib. cap.* 6. *n.* 24. *et seqq.* Forst. 4. *de succ.* 17. Sc. Gentil. *Lib. de Sec. Nupt. cap.* 6. Fach. 11. *Contr.* 76. P. Theodoric. *Disput. Crimin.* 6. *t. h.* 3. *lit. M.* An eadem perdat vidua ob stuprum commissum? Aff. maxime si intra annum luctus, Aunæ. Rob. 1. *Rer. Jud.* 13. Forst. communem perhibens 7. *de Success.* 16. Guib. *d. C.* 6. *n.* 30. *et seqq.* diss. Gomez. *in L. Tauri* 80. *et seqq. n.* 70. Vasq. 1. *Contr. usufreq.* 8. *n.* 13. Jo. Guttier. *Lib.* 2. *Canon. QQ. c.* 12. Quid in osculo luxurioso? Vid. Menoch. *c.* 287. *et* 5. *Præsumpt.* 41. *n.* 26. *et seqq.* Guib. *d. c.* 7. *n.* 35. *et seq.* Fach. 11. *contr.* 75.

(6) Ratio differentiæ quia res fungibiles et mobiles forte maritus præsentes non habet, aliis commodatas vel creditas. Laxamentum igitur illi datur aliquod ad pecunias colligendas, et res recipiendas, A. Guib. *de Dotib. c.* 6. *n.* 18.

CAP. VI.

Quibus, et adversus quos dotis actio competat.

I. Sequuntur tertio loco personæ eorum, inter quos de repetitione dotis agitur. In quibus ut prima caussa est ejus, cui dos reddi debeat: ita prima est quæstio, cui debeat, seu cui dotis exactionem demus. Et sunt in eo multa plura singularis et proprii juris, quæ ideo hic quoque desiderent peculiarem tractationem. Non enim uni et eidem dotis repetitio competit; et quibus datur, non una et eadem de caussa, nec uno et eodem modo competit; ut in singulis proprium quiddam agnoscas. Alias mulieri datur, alias alii, idque dissimiliter. Id autem ita est, ut est is qui dotem dedit: et in alio dotem dante, ut est persona ejus, et in dote danda, conventio. Interest, ipsa mulier dotem dederit, an alius pro ea. Et hic alius, utrum extraneus, an pater, qui filiam habet in potestate. Et in utroque, utrum is det simpliciter, an interposita de dote sibi danda

conventione, et quo genere conventionis in eo utatur. Quapropter quid in horum singulis placeat, ordine videamus.

II. Et si quidem mulier dotem dedit, nihil dubii esse debet, quin ei dos reddenda sit soluto matrimonio. Dedit enim suo nomine, ut ex consensu alii actio acquiri non potuerit. *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* Quidni vero ei cum suo nomine dedit, sit dotis actio, cum si extraneus dotem dederit ejus nomine, hoc ipso illi et dos, et dotis actio acquiratur? Ut mox dicetur. *L. unica. §. accedit, C. de rei uxor. act.*

III. Alius pro muliere si dotem dedit, siquidem extraneus est, cum hic quoque mulieri acquiratur in solidum actio, quæstio est, an acquiratur ipsi ei, qui dedit. De quo jam subjiciam, si prius monuero, extranei verbo in hac specie juris auctores intelligi velle eum, qui mulierem, pro qua dotem dat, in potestate non habet, sive is pater est, qui pro filia emancipata dat dotem, aut mater, vel avus maternus, sive alius quilibet extraneus, cognatus puta, vel amicus, *d. L. unica, §. accedit, C. de rei ux. act.* Interest ergo extraneus hic quomodo det dotem, utrum simpliciter, an vero hac lege, ut sibi dos quandoque soluto matrimonio restituatur.

IV. Si simpliciter, nulla scilicet de dote sibi reddenda conventione, statim dos efficitur mulieris non aliter quam si dedisset ipsa. Unde et ei soluto matrimonio dotis repetitio competit, nulla ei, qui dedit. Hoc idem in *d. §. accedit, C. de rei uxor. act. L. ex morte*, in fin. *C. de pact. convent.* At quomodo hic dos fit mulieris; cum dicamus res inter vivos non transferri, nisi traditionibus. *L. traditionibus, C. de pact.* hic autem nihil proponatur traditum mulieri, sed marito? Sed et hic dos mulieri acquiritur traditione. Idque fit hoc modo. Nam extraneus cum dat dotem nomine mulieris, intelligitur constituere se nomine mulieris possidere, quo res ad eam facilius perveniat. Quo facto etiam possessio mulieri acquiritur, cum aut præsens annuet, aut monita, quod gestum est, ratum habebit. *L. quod meo, D. de acq. poss.* Sic enim est possessio, ut una præter res cæteras per quemlibet volentibus nobis possidere, recte acquiratur. *L. ea quæ, D. de acq. rer. do. L. 1. C. per quas pers.* Sic deinde per hanc possessionem acquiratur dominium ei, cui per possessionem id quæsitum voluimus. *L. traditio, §. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his. Inst. per quas pers. nob. acq.* Sed esto mulieri hoc modo dos acquiratur per traditionem. At quomodo soluto matrimonio actio dotis ei acquiri potest: cum regula juris vetet, per extraneam personam nobis actionem acquiri? *d. §. ex his, Inst. per quas pers.* et *L. 1. C. eod.* Nihil hæc regula ad hunc locum pertinet. Hic enim mulier actionem istam per se sibi acquirit. Non ei per alium acquiritur. Dos enim ejus nomine data sic accipitur, quasi ipsa dedisset: atque adeo ipsa dedisse videtur hoc ipso, quod dum apud maritum est nomine mulieris, mulier patitur eam fieri mariti. Idque fit regulis juris maxime consentientibus. In quibus hæc una est: in rebus per traditionem transferendis, nihil interesse, utrum tradam tibi rem aliquam meam, ut tuam faciam, an cum apud te esset, pro tradita habeam transferendi caussa. *L. qua ratione, §. interdum. D. de acq. rer. dom.*

V. Hic unus exceptus est pater in dote ab ipso (1) profecta. Placet enim, quamvis de dote sibi restituenda nihil caverit, tamen soluto matrimonio dotem ab eo profectam ad eum reverti, si mortua fuerit in matrimonio filia. Et hactenus ei *jure succursum* esse dicitur *L. jure. 6. D. de jur. dot.* Recte *succursum*, ut intelligamus jus hic constitutum singulare. Nam cum pater extraneus pro filia simpliciter dotem dedit, dos statim quæsita est filiæ, ut ante diximus. *d. L. unica. §. accedit, C. de rei uxor. act.* Ita conveniebat juri communi, ut actione filiæ ita quæsita etiam actio transferretur ad filiæ heredes, non reverteretur ad patrem, nisi quatenus heres esset filiæ. Est enim heredum succedere in universum jus defuncti. *l. heres in omne, D. de acquir. her. L. hereditas, D. de reg. jur.* Et omnino ita jus commune est, sed jus hic, ut dixi, singulare. Ex quo illud verbum, *jure succursum.* Quo utimur in his, quæ humanitatis caussa jure extraordinario alicui tribuuntur *L. in caussæ 1. et 2. D. de minor.* Constitutum autem solatii loco, ne, inquit Pomponius, et *filiæ amissæ pater, et pecuniæ damnum sentiret.* d. L. 6. *de jur. dot.* Quid tamen, si

(1) Dos profectitia hoc interest a peculio profectitio quod illam dat pater etiam liberis, quos in potestate non habet, modo sit virilis sexus, et per virilem sexum cognatione junctus. Nam quæ a matre vel avo materno datur, adventitia est, Cujac. 8. *ad Afric. ad l. 11. de fund. dot.* A patre autem data, quando ex bonis ejus constituta præsumatur Menoch. 3. *Praesump.* 15.

filia decesserit in matrimonio, liberis relictis? Nihil hic distinguitur, sed sine exceptione placet dotem a patre profectam, si in matrimonio decesserit filia, ad patrem redire debere. *d. L. dos*, *C. sol. matrim. d. L. j re*, 6. *D. de jur. dot.* Sed et ratio Pomponii superior ad omnem patrem pertinet qui filiam in matrimonio amiserit. Sive filia decesserit susceptis liberis, sive sine liberis. Nec quisquam hic objiciat, dotem esse proprium patrimonium filiæ, ideo consequens esse etiam ad liberos heredes ejus pertinere. Jam enim dixi jus hic constitutum singulare. Quod ni ita esset, etiam in aliis quibuslibet filiæ heredibus ista ratione dicendum esset, dotem ad eos transire.

VI. Sed ut in hoc jure res absit ab omni injuria, dum eam dotem quæ filiæ quæsita erat, ad eum, qui dedit, reverti volumus, observemus quatuor hic exigi, quæ rem ab ea injuria vindicent. Primum hoc beneficium patri datum, non alii extraneo. Id quod paterna pietas, atque honos illi debitus, tum dolor conceptus ex morte filiæ hoc præcipue in persona patris postulare videbatur. Secundum exigimus, ut dos a patre vere profecta sit, sitque ea, quæ in hac specie dicitur profecticia, id est quæ profecta sit de bonis, aut facto patris, ut delinitur in *L. profecticia*, 5. *D. de jur. dot.* Quod eo pertinet, ut intelligatur, si pater filiæ nomine dotem dederit, tanquam (2) a se debitam, hanc ad patrem non reverti. Hanc enim esse adventiciam, id est eam, quæ quodammodo aliunde profecta sit, quam a patre, ut qui non dederit pro affectu et pietate patris. *L.* 5. *§. si pater*, *D. de jur. dot.* Dum autem dos profecta sit a patre, hoc ille jure utitur, ut dos supra scriptis conditionibus ad eum revertatur; neque interest, utrum filia in potestate ejus fuerit, an non fuerit. ***L. si ab hostibus.* 10. *D. sol. matrim.***

Et hoc est, quod Ulpianus superius jus interpretans, profecticiam dotem esse definit, quæ a patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus. *d. L.* 5. in pr. *de jur. dot.* Et addit in *d. §. si pater*, profecticiam esse, etiam quam pater pro filia emancipata dederit: quia non jus potestatis, sed parentis nomen, dotem profecticiam faciat.

VII. Sed etsi dos a parente profecta sit ita, ut modo diximus; non tamen statim placet eam soluto matrimonio reverti ad patrem; sed hæc tertia conditio est, quam exigimus, ut filia nupta, seu in matrimonio (3) decesserit. Nempe superstite adhuc marito. ***d. L. dos. C. sol. matr. L. si ab hostibus.* 10. *D. eod.*** Quo intelligimus, si soluto morte viri matrimonio filia sit superstes, dotis actionem manere filiæ, ut et illi ab initio quæsita erat: et si postea decesserit, dotis actionem transire ad filiæ heredes, non ad patrem reverti: nisi quatenus et ipse filiæ heres exstiterit. Et recte hæc ita distincta sunt. Non enim potest superstite filia dos redire ad patrem, quin adimatur filiæ: quod est contra utilitatem publicam, quæ jubet potius dotes mulieribus conservari. ***L.* 1. *D. sol. matrim.*** Semel vere dotis actio ejus facta non potest, quin ad heredes ejus transeat. Quod si mortua in matrimonio filia dos redit ad patrem, nihil hic filiæ adimitur. Nam ante constante matrimonio dos mariti fuit, non uxoris. Sed nec per id tempus ei dos fuit adempta. Postquam autem matrimonium solutum est, quia eo tempore mortua in rerum natura esse desiit, nec dos ejus fieri, aut ejus esse dici potest. Si quid ergo hic adimitur, adimitur filiæ heredibus. Non est autem iniquum id statui adversus heredes, dum id agitur, ut dos a patre profecta potius ad eum revertatur; idque est, in quo patri succursum esse dicimus.

VIII. Sane accidit interdum, ut quæ so-

(2) Mortua in matrimonio uxore, dotem adventitiam semper retinere maritum, etsi nihil pactus sit, probat Cujac. 9. *Obs.* 4. ex Ulp. *Tit.* 6. §. 5. *L.* 23. *de evict. L. mulier* 20. *de cond. inst. L.* 5. *de bon. dam. L.* 1. *C. si adv. dot.*, et maxime *L.* 15. *de fun. dot.* Et per *L.* 79. *de l. dot.* et Ant. Fab. 1. *con.* 16. qui de repetitione dotis adventitiæ pluribus agit 13. *con.* 4. *et seqq.*

(3) Contentio hæc antiqua inter Bulgarum, cujus opinioni noster Donellus favet, et Martinum, qui propter liberos dotem apud maritum manere voluit, cujus sententiam consuetudine generali totius orbis servari testantur citati a Treutl. *P.* 2. *Disp.* 7. *Th.* 11. *lit. C.* Cujac. 6. *ad Afric. ad L. ult. sem rat. hab.* Bulgari opinionem admittit jure novo, Martini veteri. Idem 8. *ad Afr. in L.* 61. §. 8. *de furt.* Martini opinionem inde austineri quod hoc pactum vulgare *L. Bæbius* 30. *de pact. dot.* Quæ autem vulgo inter contrahentes conveniri solent, etiam non conventa inesse in bonæ fidei judiciis. Quod alibi reprobavi. Martini opinionem pluribus rationibus eleganter firmat. Ant. Fab. 1. *conject.* 16. sententiam tamen suam retractans 13. *conject.* 1. *et seqq.* Ad quos remitto. Contrahenda enim quantum potest, hæc notata. Add. M. Vetranius Maurus *de Jure liberorum c.* 5. Cujac. *dd. lo. et ad L.* 81. *de li. l.* P. Greg. 9 *Synt.* 22. *n.* 9. *et* 10. Tessaur. *Decis.* 190. Rauchin. *de Succ. int.* §. 14. *n.* 3. *et seq.* Jo Vinc. Hondedæ. *Vol.* 2. *Cons.* 75.

luto matrimonio mortua est; perinde habeatur, quasi in matrimonio esset mortua. Quod cum fit, eodem jure habetur. Id autem duobus casibus admissum est. Uno, si filia ab hostibus capta, quæ nupta erat, et dotem a patre profectam habeat, ibi decesserit. Etsi enim jure Romano matrimonium solvitur captivitate, quæ hic contigit, *L.* 1. *D. de divor.* ut proinde quandocumque ea decedat postea, necesse sit eam soluto matrimonio decessisse; tamen placet hoc casu dotem a patre profectam ad eum reverti debere: quasi scilicet et hic filia nupta decessisset. *d. L. si ab hostibus*. 10. *D. sol. matr.* Et recte. Sane enim secundum naturam decessit filia in hac specie soluto matrimonio: juris autem interpretatione videtur nupta et in matrimoniu decessisse, propter legem Corneliam testamentariam, quæ de statu captivorum ita constituit, ut qui capti apud hostes decesserunt, perinde habeantur, quasi eo momento, quo capti sunt, in civitate decessissent. *L. pater*, *L. bona*, *D. de capt.* Alter casus est, cum filiæ ægræ vir in hoc repudium misit, ut si moreretur postea mulier, verum esset eam soluto matrimonio mori, atque ita fieret, ne dos ad patrem rediret ex supra scripto jure. Hic quoque placuit hanc (4) fraudem patri filiæ non nocere, quin huic utile judicium detur dotis recuperandæ caussa. *L. filiæ*. 59. *D. sol. mat.* Judicium; quia cum non serio, certe non tam solvendi matrimonii caussa maritus repudium miserit, quam patris fraudandi: perinde habeatur, quasi matrimonium non esset solutum; ne mariti dolus aliis prosit, patri noceat contra, quam in dolo admitti debere placet. *L.* 1. *D. de do*l. Sed judicium erit utile, quia jure Romano vere matrimonium solutum est. Quo casu mortua deinde filia secundum verba supra scripti juris non succurritur patri.

IX. Postremo etsi dos a patre ut patre profecta erit, et filia mortua in matrimonio; tamen ad actionem dotis in persona patris confirmandam hoc amplius exigimus, ut pater ipse vivat soluto matrimonio superstes filiæ. Qui si ante filiam decesserit, quamvis moriatur deinde filia constante eodem matrimonio, tamen dos non transibit ad heredes patris. Patri enim hic consultum est, non patris heredibus, *d. L. jure. de jur. dot.* Ad quos igitur tum dos pertinebit, cum neuter supersit, neque pater, neque filia. Et scriptum est in *fragamentis* Ulpiani *Titulo de Dotibus*, dotem hoc casu apud maritum remanere, exclusis videlicet et patris, et filiæ heredibus. Usque adeo, ut etsi soluto matrimonio vixerit filia, quo casu ei jam ante actionem dedimus, non patri; tamen scribat si postea filia decesserit, non aliter heredi ejus actionem dari, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit: ut sic dos hic quoque apud maritum remaneat. Sed totum hoc jus a Justiniano immutatum est, et generaliter cautum, ut quo casu dotis profecticiæ actio patri non datur, ea aut sit filiæ, si vivit; aut ea mortua in matrimonio patre jam ante defuncto, aut mortua post divortium, actio transmittatur ad heredes ejus, tanquam in re quæ debuit mulieris esse propria. Hoc in *L. unica*, §. *maneat*. *D. de rei uxr. act.* Plane si proponas avum paternum dedisse dotem neptis suæ nomine, eamque postea in matrimonio mortuam: quanvis avus primo, deinde neptis decesserit, placuit tamen hic dotem non pertinere ad heredes filiæ, sed patri ejus reddi oportere, hac ratione, quod cum pater meus dotem propter me filiæ meæ nomine dedit, perinde sit quasi ipse dederim. Ubi scilicet officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet: et quia pater filiæ, ideo avus propter filium dotem dare debet. Hoc in *L. dotem*, *D. de collat. bon.*

X. Sed meminerimus hæc dicta esse de dote, quæ ab extraneo data sit simpliciter. Quod si dederit ea lege, ut sibi dos quandoque restitueretur: et conventio rata est, et est illi ex conventione actio, qua dotem soluto matrimonio recte petat. Si stipulatus est sibi reddi, actio ex stipulatu. Si pactus est tantum, actio præscriptis verbis. *L. unica*, §. *accedit*, *C. de rei uxor. act.* Sic enim traditioni rei suæ legem vixit. Ac quamcumque legem in traditionibus rerum suarum quis dixerit, hanc servari placet etiam ad actionem. *L. in tradit onibus*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Atque hinc præscriptis verbis actio, quam esse placet, quoties dedi aut feci tibi aliquid, ut vicissim quid dares aut faceres, et res in aliud nomen non transit. *L.* 5. *D. de præscr. verb. d. L. legem*, *C. de pact.* Sed hanc conventionem omnem in dote danda, seu in continenti interponi oportet. *L. ex morte*, in fin. *C. de. pact. convent.*

(4) Vel si filia ideo divertit ut maritum lucro dotis afficiat *L.* 5. *de divort.* quæ itidem de emancipata loquitur. At cur in *d. L.* 4. *C. Sol. matr.* adjecta *filiafamilias*. Resp. Govean. 2. *Var. Lect.* 4. eam ceu irreptitiam expungit. A. Fab. 1. *Conject.* 16. aut esse interpretis aut quod verius est) ita ex facto propositum Imperatori, quod in ea specie fuerit filiafamilias.

XI. Interposita ex intervallo nihil agit, sive extraneus pactus sit tantum sibi dotem reddi, sive etiam stipulatus. Pactum quidem postea ideo nihil agere certum est, quia ex pacto nun nascitur actio, *d. L. legem, C. de pact.* Sed nec si stipuletur postea sine voluntate mulieris, ideo actionem in suam personam transferet. *L. quoties*, 29. quia actio semel quæsita mulieri a principio, ei invitæ auferri non potest. *L. ult. D. de pact.* Usque adeo, ut quanvis mulieris nomine dotem dederit ante nuptias, non possit tamen ex intervallo. quanvis ante nuptias dotem sibi stipulari citra voluntatem mulieris. Isto enim mudu revocaret ad se dotem, quæ semel mulieri quæsita est in eum casum, quo nuptiæ sequerentur. Quod nemo extraneus potest facere, quandiu spes est matrimunium sequi posse. *L. quod Servius, D. de cond. caus. dat.* Diversum in patre, qui filiam in potestate habet *d. L. quoties*, 29. *ver. plane. D. sol. matrim.* de quo dicetur, postea suo loco.

XII. Quinimmo etsi consentiente muliere stipuletur estraneus ex intervallo dotem sibi reddi; tamen ita demum utiliter stipulatur, et dotis actionem sibi acquirit, si mulier in matrimonio decesserit, et decesserit sine liberis. Quod si soluto matrimonio mulier vivet, extraneus ea invita agero non poterit: certé ageus exceptione summovebitur. Sed etsi in matrimonio decedens reliquerit liberus, dotis actio ad liberos ejus, non ad extraneum pertinebit. Significatur horum utrunque in *L. post dotem*, 40. *D. sol. matr.* Sed cum jure civili nascatur actio ex stipulatione quovis tempore interposita, *§. de constituta, Inst. de act.* cur hic ex superiore stipulatione non nascatur actiu extraneo; præsertim cum stipuletur muliere consentiente? Caussæ hæ sunt. Nam si mulier vivit soluto matrimonio, et stipulanti extraneo actionem dotis damus, sit conditio mulieris deteriur in dote, utpote cui actio ab initio quæsita superiore stipulatione adimitur. Mulier autem paciscendo deteriorem conditionem suam in dote facere non potest. *L. de die*, 14. *D. de pact. dot.* Proinde nec paciscenti consentire. *L. cum quis possit, D. de reg. jur.* Muliere autem in matrimonio mortua, ideo liberis ejus adversus verba superioris stipulationis actionem damus, quia non videtur mulieris consentinentis voluntas longius processisse, quam ut dos rediret ad stipulatorem, si ipsa sine liberis decessisset. Quæ conditio in ejusmodi consensu semper inesse existimatur: dum hæc pietatis nomine conjectura est nominem alienas successiones propriis anteponere. *L. cum avus*, 102. *D. de cond. et dem. L. cum acutissimi, C. de fideic.*

XIII. Adeo autem extraneus citra conventiunem de restituenda sibi dote ab eo interpositam, dotis actiunem non habet, nisi quo casu iure succursum ei diximus, ut si in unum casum soluti matrimonii pepigerit dotem reddi, puta vel in divortium, vel in mortem, soluto in alterum casum matrimonio, in quem casum non pepigit, non habeat actionem. *L. si cum dotem*, 22. in pr. *D. sol. matrim.* Nam quod in substitutione filio impuberi a patre facta hoc observatur, ut si in unum tantum casum facta sit, puta si filius heres non erit, aut in hunc, si filius intra pubertatem decesserit, videatur etiam in alterum casum facta, qui omissus est; ad contractus non pertinet. Aliter enim voluntatem testantium interpretamur, aliter contrahentium: testantium plenius, ut quibus propositum sit liberalitatem exercere. *L. in testamentis, D. de reg. jur.* Contrahentium restrictius, cum semper promissoris mens sit, ut tantum præstet, quantum promittit; ultra autem, quam nominatim convenerit, non teneatur. In quam sententiam scripsimus plura ad *L. 7. D. de verb. obl.* Quisquis igitur dotem datarus pro muliere de dote sibi omnimodo reddenda recte cavere vulet, ita cavebit, ut paciscatur eam sibi reddi, quocunque mo lo matrimonium solutum erit, *L. si quis sic*. 56. *D. sol matr.* Aut generaliter dotem reddi soluto matrimonio: quibus verbis idem contineri visum est. *L. cum quærebatur, D. de verb. signif.* Meritu: utpote verbi generali omnes species subjectas cumprehendente. *L. si servitus, D. de servitut. urb. præd.*

XIV. Hæc de dotis exactione, quæ dos ab extraneo data sit, dicta sunt. Diversa caussa est dotis datæ a patre, qui filiam in potestate habet, et diversa caussa in utramque partem, sive pater dotem simpliciter dederit, sive caverit dotem a se datam sibi reddi. Si dedit simpliciter, aut quod idem valet, dedit solum pactus, ut sibi dos restitueretur, hic pene umnia singularia agnoscas. Non enim ut extraneo dotem simpliciter dante, dos et dotis actio filiæ acquiritur, ita et nunc aut acquiritur filiæ suli, aut soli patri: sed placet dotem communem esse patris et filiæ, *L. 2.*(5) *§. 1. L. 3. D. sol. matr.* Atque hic etiam diligenter videndum qualis sit, qui-

(5) Ubi verba *et dos ab eo profecta* Triboniani esse vult Govean. 1. *Va. Lect.* 41.

dve contineat hæc communio. Non enim certe sic accipienda est, ut in cæteris rebus communio nominari solet. Commune enim duorum aliquod esse dicimus, cujus pars est unius ex dominis, pars alterius, partibus in divisis. *L.* 5. *D. de stip. serv.* Non sic communis dos patris et filiæ hic intelligenda est, quasi pars ejus in patrimonio patris, pars in patrimonio filiæ. Hoc enim tenendum est, dotem quanvis sit filiæfamilias, tamen esse proprium patrimonium filiæ, idest rem ejusmodi, quæ etsi a patre profecta sit, non tamen ut res cæteræ profecticiæ, acquiratur patri, sed sit filiæ in solidum. *L.* 3. §. *ergo. D. de minor. L. pater,* 71. *D. de evict.* Sed dicitur dos communis, quæ communis est non dominii, sed petendi et exigendi jure: quia scilicet petitio et actio est communis. Et tamen rursum non ita communis, ut possit uterque eam exercere, prout volet; (6) solus enim eam exercet pater, ut mox dicetur; sed communis ideo; quia ita patris petitio est, ut tamen non possit is petere, nisi voluntate et consensu filiæ. *L.* 2. §. 1. *D. sol. matrim.*

XV. Itaque hæc communio actionis dotis profecticiæ duas res continet, quas easdem singulis tribuit, petitionem patris, et voluntatem filiæ. Quod ad petitionem attinet, quandiu filia in potestate est, solus pater de dote a se profecta agit soluto matrimonio: filia nequaquam. *d. L.* 2. §. 1. *sol. matrim. L. et heredi,* §. *filiafamilias, D. de pact.* At quo jure patri actio ejus dotis nomine, quam filiæ esse dicimus, non patris? *d. L.* 3. §. *ergo, D. de min. L. pater,* 71. *D. de evict.* Nam de his quidem, quæ patri per filios acquiruntur, recte agit pater, utpote de suis. At quæ patri non acquiruntur, constat eorum actionem non competere patri, sed liberis, quibus acquiruntur, ut fit in peculio castrensi, quasi castrensi, et in adventiciis; quæ acquisitionem paternam effugiunt. *L. lis nulla, D. de jud. L. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Cur igitur, inquam, et in dote, quam fatemur esse filiæ, non idem servamus? aut cur præter regulam patri actionem damus in re aliena? Ideo fit, quia interest patris filiam dotatam habere; proinde et recipere dotem, quam iterum det pro filia nuptura. *d. L. pater,* 71. *D. de evict.* Interest autem patris ideo, ne pater hac dote non recepta, cogatur aliam dotem dare pro filia. Est enim officium patris dotare filiam. *L. dotem,* 6. *D. de coll. bonor. L. capite.* 19. *D. de rit. nupt.*

XVI. Interdum tamen utilitate dotis et filiæ ita exigente, ipsa filia de dote agere potest, quanvis sit in potestate, et dos a patre cujus in potestate est profecta. Quod duabus de caussis illi concessum est. Una, si pater absit, nec quisquam ejus nomine experiatur. Veluti si ab hostibus captus sit, si relegatus ab eo loco, ubi dos petitur, aut qui pro absente est, si sit furiosus. Quo casu placuit filiæ actionem dari nomine patris, et hac de caussa exigi ab ea, ut satisdet patrem ratam rem habiturum. *L. si cum dotem,* 22. §. *si patri,* §. *si soluto, D. sol. matrim.* Ut ex edicto generali de procuratoribus quoties quis actionem sibi dari postulat. *L. servum,* 33. §. *ait, D. de proc.* Altera caussa est, si pater præsens actionem movere nolit, et major sit dos, quam ut eam videatur filia ex bonis patris posse consequi. Justiniani exceptio in Novel. *de æqualit. dot.* 97. §. *ult.*

XVII. Uteumque autem pater de dote agat; semper placet eum ita agere posse, ut possit hac conditione, quam superior communio exigit, nempe dum agat pater ex voluntate et consensu filiæ. *d. L.* 2. §. 1. *sol. matrim.* Quo loco rursum proprium quiddam istius voluntatis et consensus in hac petitione animadvertendum est. Nam in cæteris caussis, in quibus consensu aut voluntas alicujus exigitur, sic fere ex proprietate verbi, et hominum ingenio accipitur hic consensus, ut intelligatur consentire is demum, qui aperte vult et consentit. Qui autem non dico contradicit, sed etiam non contradicens silet, is pro invito nedum consentiente habetur. *L. filiusfamilias,* 8. §. *invitus, D. de procur. L. invitum,* 5. *D. de servit. urb. præd.* Illud quidem constat in cæteris caussis, ubi rem ex vero æstimamus, nunquam furiosum velle aut consentire existimari. Non dico expresse, de quo constat; sed ne tacite quidem. *L. qui ad certum,* 14. *D. loc.* Cum furiosi nulla voluntas sit. *L. furiosi, D. de reg. jur.* Multoque minus pro consentiente habeatur, qui aperte contradicit, *d. L. invitum, D. de servit. urb. præd.* Hæc non sic in ista voluntate et consensu filiæ accepta sunt: sed benignius pro favore dotis et conditione personarum hoc modo, ut sæpe pro consentiente habe-

per Ulp. *Tit.* 6. §. 6. Quod refellit Hotomanus 9. *Obs.* 2.

(6) Vid. Cujac. 6. *ad Afric. in L. ult. rem rat. hab.* Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 28. Cabot. 1. *Disp.* 28. Ant. Fab. 13. *Conject.* 6. filiamfamilias sine consensu patris nec adventitiam dotem repetere contendit.

tur filia, non tantum cum non contradicit, sed et cum aperte contradicit.

XVIII. Silentium quidem filiæ in hac caussa pro co sensu est duobus temporibus. Uno, si ita non contradicat, ut nec possit contradicere natura: puta, si sit furiosa, aut mente capta. *L.* 2. §. *ult. sol. matrim.* Nam si hic id agitur, ut voluntas ejus exquiratur, ut agitur, *L.* 3. *eod.* cur exquiramus voluntatem ejus, quam certum est velle non posse? Altero, si filia sanæ mentis cum sciret dotem peti a patre et posset contradicere, non contradicit. *d. L.* 2. §. *ult. solut. matrim.* Scire eam intelligimus, si aut præsens est, cum pater agit, aut absens monita patrem agere, non significat se non consentire. Cæterum si absens est, moneri oportet, et exspectari, quid taceat, aut respondeat, *d. L.* 2. §. *ult.* Potest enim monita contradicere, et justas contradicendi caussas adferre. Quid tamen, si ignoretur ubi sit filia, aut tam procul absit, ut facile moneri, aut de voluntate ejus cognosci non possit, utilitas autem dotis petitionem urgeat? Licebit patri petere nihilominus, adhibito tamen remedio communi juris: nempe ut petat dotem et suo et filiæ nomine tanquam procurator; quod potest et sine mandato facere. *L. sed. et hæ*, 35. in pr. *D. de proc.* Solum exigitur ab eo, ut hac caveat parte filiam ratum habituram ex edicto quod exstat in *d. L. servum*, 33. §. *cit*, *D. de proc.* Et hoc est remedium, quod in hac re strictim et velut obiter indicatur in *d. L.* 2. in fin. *sol. matrim.*

XIX. Contradictio autem etiam ipsa filiæ interdum pro voluntate ejus habetur: quod tum fit, cum illa contradicendi caussam non habuit. *L. si cum dotem*, 22. §. *necnon. L. dotem*, 37. *eod.* scilicet, ut quæ injuste contradixit, perinde habeatur, quasi nec contradixisset: ut accidit alias in iis, quæ vitiose fiunt *L. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Sola ergo auditur contradicens, quæ habuit justam causam contradicendi. Justa contradicendi caussa est, si patris ea sit persona, ut periculum sit, ne acceptam dotem consumat: puta decoctorem esse, aut alias tam turpem, ut facile id sit facturus, *d. L. si cum dotem*, (7) §. *necnon.* Adeo autem quæ ex hac caussa contradicit, non cogitur consentire patri, ut etsi latitet, ne tali patri consentire cogatur, denegandа sit patri actio caussa cognita; ut in cognitione versetur, num filia verecunde id agat, ut isto modo per absentiam patri contradicat, *d.* §. *necnon.* Quod si nihil tale adferetur, erit et contradictio filiæ, et silentium superius ejusmodi, ut in his omnibus videatur dos peti voluntate filiæ. In quo nemo nobis objiciat et veritatem rei, et alias caussas, in quibus de interpretatione voluntatis et consensus aliud observari diximus. Dicuntur enim ista in hac caussa repetendæ dotis, non quia superioribus modis vere consentiat filia, sed quia videatur consentire, ut est in *d. L.* 2. §. *ult. sol. matrim.* Id est quia cum vere non consentiat, pro consentiente tamen habeatur, *d. L.* 2. §. *ult. sol. matrim.* Recepta autem interpretatio in hac specie jure singulari cum propter utilitatem filiæ, tum propter reverentiam a filia patri debitam, item et affectum patris. Interest filiæ dotem peti, et recipi a patre, quam ipse postea iterum det ad eam elocandam. Reverentia patri debita facile suadet, ut filia sequatur judicium et voluntatem patris. Affectus autem patris erga filiam facit, ut recte tota hæc caussa patri committatur, nisi illa aperte et juste dissentiat, aut de absente juste dubitetur, an possit id facere. Nam pater pro affectu paterno recte et in rem filiæ omnia consulet, cum nullus sit amor, qui vincat paternum. Ratio in re simili reddita in *L. ult.* in pr. *C. de cur. fur.*

XX. Hunc consensum et voluntatem filiæ in repetitione dotis non omnibus temporibus exigimus, ut intelligatur pater dotem communem recte petere. Unum tempus hic spectamus, et id litis contestatæ: ut sive tunc jure dissentiat filia, nihil prosit patri ipsam aliquando consensisse: sive tum consentiat, nihil noceat ipsam prius dissensisse. *L. si cum dotem*, 22. §. *eo autem*, *sol. matrim.*

XXI. Apparet ergo ex his in dote non solum exigenda, sed etiam solvenda quæ communis est patris et filiæ, utriusque voluntatem exquiri debere. *L.* 3. *D. eod.* Effectus hic est, ut si alterutrius voluntas defuerit, neuter alterius conditionem facere possit deteriorem, *d. L.* 3. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Id autem habet in utriusque persona hanc significationem, ut si patri dos soluta sit sine voluntate filiæ, dotis actio adversus maritum filiæ non sit adempta; quandocunque sui juris facta fuerit: *d. L.* 2. §. 1. *sol. matrim.* et contra si filiæ restituta sit citra voluntatem patris, nihilo-

(7) Quæ aliæ? Menoch. *Arb. Jud. QQ. C.* 242. A. Fab. 5. *Conject.* 19. *ideoque ofﬁcium* in d. §. 6. Tribonianum inseruisse putat.

minus patri cl viva filia et mortua supersit actio, ut dos ei solvatur. *d. L. si cum dotem*, 22. §. 1. *eod.* Horum tamen utrumque interdum aliter se habet, justis de caussis jus superius temperantibus, atque id efficientibus, ut filiæ quandoque denegetur actio, etsi patri dos soluta sit sine consensu filiæ; nonnunquam denegetur patri, etsi sine voluntate ejus soluta sit, dos filiæ, quia scilicet non sit, quod illa, aut hic conquerantur.

XXII. Patri igitur soluta dote citra voluntatem filiæ, huic de dote agere non licet duabus de caussis. Una, si pater receptam eam dotem alii viro ejus filiæ nomine dedit: *L.* 4. *D. sol. matr.* sic enim videtur maxime dos ad filiam pervenisse: cum dos etiam constante matrimonio efficiatur mulieris, *L. quamvis*, 75. *D. de jur. dot.* Altera, si filia a patre instituta heres, aut ex legato tantum sit consecuta, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri solvit. Ubi placet eam accepto contentam esse debere, et cum dote debere acceptum compensare. *L. si cum dotem*, 22. (8) §. 3. *D. sol. matrim.* Et tamen si maritus ipse quid reliquerit uxori, placet nihilominus uxorem utrunque consequi et legatum et dotem, nisi specialiter pro dote ei maritus reliquerit; quod cautum est in *L.* (9) *unica*, §. *sciendum*, *C. de rei uxor. act.*

XXIII. Non sunt hæc contraria, quæ voluntas patris, et mariti aperte distinguit. Pater cum dotem a genero suo recipit, omnino hoc animo est, ne unquam filia ab eo hanc dotem repetat. Pertinet enim ad patris existimationem, ne maritus fallatur, ut cogatur iterum solvere, quod jam patri solvit. Quæ cum patris voluntas sit, credibile est, quidquid ille in filiam contulit, ipsum hoc relictum ad eam cogitationem retulisse, ut filia eo contenta nihil in posterum adversus eam voluntatem faceret. Est etiam æquum, voluntatem patris in hac re servari, si servari potest sine filiæ injuria, idque filia consecuta sit beneficio patris. Nulla autem injuria est filiæ, si dotem non repetat, ubi tantundem est a patre consecuta. At cum maritus aliquid legat uxori, neque addit se id legare, ut pro dote cedat: nihil hic proponitur in voluntate ejus; quasi velit ita fieri. Quinimmo solutionis dotis, et legati natura contrariam ejus voluntatem declarat. Nam solutio debiti necessitatis est; legatum autem liberalitatis et beneficentiæ: quæ tam diversa in eamdem rem non cadunt.

XXIV. Non minus et in eam partem, qua dos filiæ soluta est sine voluntate patris, denegatur interdum et patri actio. Quod item duobus casibus receptum est. Uno si pecunia soluta ad patrem pervenit. *L.* 3. *D. sol. matrim.* Altero, si non perdituræ, et justis ex caussis soluta sit. *L. si cum dotem*, 22. §. 1. *eod.* Non perdituræ et ex justis caussis dotem restitutam accipiemus, si restituta sit ex iis caussis, propter quas constante adhuc matrimonio eam recte restitui supra diximus: caussæ comprehensæ in *d. L. quamvis*, 20. et *L. seq. eod. tit.*

XXV. Sed hæc omnis petitio, quam patri tribuimus in dote ab eo profecta, itemque illa communio patris et filiæ, quam hic esse diximus, hactenus perseverat, quoad filia soluto matrimonio in patris potestate erit: Quod si soluto matrimonio prius quam dos solveretur patri, filia sui juris esse cœperit, exinde et dos et dotis actio tanquam proprium patrimonium ad filiam revertitur, quocunque tandem modo exierit de potestate, sive morte patris, sive ejus deportatione, sive sit a patre emancipata. *L. unica*, §. *videamus*, §. *et hoc*, *C. de rei uxor. act. L. in insulam*, 42. in pr. *D. sol. matrim.* Sed quomodo quæ prius actio patris erat, in filiam transfertur sine voluntate patris; cum regula juris efficiat, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non posse? *L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur.* Quia sane neque dos, neque dotis actio vere antea fuit patris, sed filiæ. Dotem quidem esse proprium matrimonium filiæ jam aliquoties diximus. Quod ad petitionem attinet, ejus exercitio sola est patris, actio filiæ. Atque hæc ipsa exercitio non perpetua, sed tributa patri pro eo solum tempore, quo filia est in ejus potestate: non quia interim dos sit ejus, sed quia tandiu ejus interest dotem ad eum redire, qui pro officio patris filiam dotare debet, ut diximus. Hæc necessitas dotis dandæ tollitur, cum pater filiam in potestate habere desiit. *L. capite* 19. *D. de rit. nupt.* Non mirum igitur, si caussa dotis dandæ sublata, etiam exercitio actionis desinit. Qua patri adempta, nimirum solida actio inci-

(8) Quam emendant Cujac. 3. *Obs.* 16. pro *tantum*, *quantum* reponens *amplius quam*, et A. Fab. 4. *Conject.* 9. pro *nomine* legens *minime* vel *non*. Vid. Rob. 2. *Animadv.* 16. Cabot. 1. *Disp.* 28. ubi conciliat *L. si pater* 4. *de collat. dot.*

(9) Olim contra ex edicto de alterutro, de quo vid. Cujac. 3. *Obs.* 16. et A. Guib. *de Matrim. Tit. singulariæ dotis n.* 19.

pit esse filiæ. Adeo autem actio ad filiam pertinet, eum patris potestate liberata est, ut possit dotem petere non tantum a marito, aut heredibus ejus; sed etiam a patre ipso, aut patris heredibus, si proponas patrem filiæ genero suo, eidemque filiæ marito heredem extitisse. *L. si socer*, 44. in pr. *D. sol. matrim.* Quid plura? quanvis pater lite de dote contestata ex voluntate filiæ, et re secundum eum judicata decesserit: placet tamen actionem, quæ patri quæsita videbatur, filiæ dandam esse, non heredibus patris. *L. si marito*, 31. §. *si voluntate*, *L. sol. matrim.* Atqui nova hæc judicati obligatio est a patre contracta, unde et ei judicati actio acquiritur. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Sed ut lis contestata est voluntate filiæ, et in re ejus, sic et actio eodem modo quæsita patri: ut appareat in hac re primam caussam esse filiæ. Et generaliter tenendum est, cujus principaliter in judicio res est, quo nomine agitur, ad eum etiam partam eo nomine judicati actionem redire debere. *L. si procurator meus*, 28. *D. de proc.*

XXVI. Sed etsi soluto matrimonio filia cum adhuc in potestate esset patris, mandaverit marito, ut dotem patri redderet, et jam maritus mandatum ad rem contulerit, ut scilicet solveret patrem patri: si tamen prius quam altera pars solveretur, filia sui juris esse cœperit, placet eam neque mandato suo, neque mariti solutione impediri, quominus reliquam partem suo jure recte petat. *L. pen. L. filiafamilias*, *D. sol. matrim.* Non enim superiore jussu filia cessit patri suas actiones, ut quis dicat, cum pater creditor aliquid ex eo debito acceperit, inhiberi cedentis exactationem, ex *L.* 3. *C. de novat.* sed mandavit solum marito, ut quid faceret. Mandatum autem sola voluntate recte revocatur. §. *recte*, *Inst. de mand.*

XXVII. Sed meminerimus superiora omnia de repetitione dotis profectæ a patre, qui filiam in potestate habuit, dicta esse de eo patre, qui filiæ nomine simpliciter dotem dedit, nulla scilicet interposita de dote restituenda conventione. Quod si caverit dotem sibi restitui soluto matrimonio, est, ubi mutetur jus superius; est etiam, ubi nihilominus perseveret inutili pactione constituta. In quo non idem servatur, quod in conventione ab extraneo interposita servari diximus. Est autem dissimilitudo duplex. Nam hic ex parte minus tribuitur paciscenti patri, qui filiam in potestate habuit; ex parte plus quam extraneo.

XXVIII. Minus tribuitur in eo, quod extraneus dotem dans ea lege, ut soluto matrimonio sibi reddatur, dotis actionem sibi acquirit, sive stipuletur id ita fieri, sive paciscatur tantum. *L. unica*, §. *accedit*, *C. de rei ux. act.* cujus rei supra rationem reddidimus. Pater autem non extraneus idem cavens, ita actionem dotis propriam suam facit, si stipuletur eam sibi reddi. *L. quoties*, 29. *D. sol. matrim.* Pactus tantum, quanvis incontinenti id faciat, nihil agit. Non enim, ut est in *L. avia*, *C. de jur. dot.* actionem dotis profectitiæ nomine sibi competentem conventione simplici creditur innovare. Et hoc est: patri qui filiam in potestate habuit, dotis profectitiæ actio competit sine alia conventione. Hanc eandem necesse est eum conventione de dote restituenda interposita retinere, nisi eam novatione in aliam actionem transferat. At hanc simplici pacto non creditur innovare, quia stipulatione novatio fit, non item pacto. *L.* 1. *D. de novat.*

XXIX. Rursum alia parte huic patri de dote sibi restituenda caventi plus tribuitur, quam extraneo idem stipulanti, quod extraneus si ex intervallo etiam stipuletur dotem sibi reddi sine voluntate mulieris, actionem de dote mulieri ab initio quæsitam in suam personam non transfert. *d. L. quoties*, 29. *D. sol. matrim.* ne si dotem quidem dederit ante nuptias, et ante nuptias stipuletur eam sibi reddi non consentiente muliere. *d. L. quod Servius*, *D. de dond. caus. dat.* Pater contra, qui filiam in potestate habet, hoc ipsum recte stipulatur ante nuptias, cum prius dotem dedisset, et stipulando actionem sibi acquirit, quanvis secutæ sint postea nuptiæ. *d. L. quoties*, vers. *plane*, *sol matrim.* Differentiæ ratio est, quod extraneus simpliciter dotem dando, facit: ut dos mulieri acquiratur in eum casum, si nuptiæ sequantur. *L. unica*, §. *accedit*, *C. de rei ux. act.* Quominus autem sequantur, facto suo et voluntate impedire non potest, ut sic semper videatur dedisse, quasi nuptiis secutis. At pater non extraneus ante nuptias dote data, quandiu nuptiæ secutæ non sint, perinde habetur, quasi non dedisset, nisi quatenus velit. Est enim in ejus potestate nuntium remittere sponso, atque ita sponsalia dissolvendo efficere, ne ulla dos sit, ullave dotis actio proprie quæsita filiæ. *L. in potestate*, *D. de spons.* Quod si hic pater ex intervallo stipulatus erit consentiente filia, dotem sibi reddi, tum quidem valere potest stipulatio: *d. L. quoties*, 29. *D. sol. matrim.* sed ita, ut in hac parte serventur eædem conditiones,

quas in hujusmodi stipulatione extranei servari, ante in extraneo diximus. ex *L. post dotem*, 40. *D. sol. matrim.*

XXX. Hæc varietas juris est in personis eorum, quibus soluto matrimonio dos reddi debet: in quo licet animadvertere, quam sint pleraque omnia propria hujus restitutionis diversa a reliquis contractibus qui re fiunt. Personæ eorum, qui dotem restituere debent, quique actione hujus obligationis propria tenentur, nihil in hoc genere proprium habent. Ut enim ex cæteris contractibus, qui re fiunt, is tenetur, qui rem accepit, et is solus; ita et in dotis restitutione solus, qui dotem accepit. Proinde maritus accepta dote semper, aut si qui nomine mariti acceperunt, ut interdum socero dos datur filii nomine. *L. si cum dotem*, 22. §. (10) *transgrediamur*, *D. sol. matrim.* Quanquam hi dissimili ratione tenentur. Nam in persona mariti vere dos est, eo quod matrimonii sustinendi caussa ei datur. *L.* 1. *D. de jur. dot.* Ideo is actione hujus obligationis propria tenetur; olim rei uxoriæ, hodie ex stipulatu ex constitutione Justiniani; de qua paulo post. Extraneo autem, et omni qui maritus non est, dos non est id, quod datur. Ita actione dotis propria eo nomine conveniri non possunt. Sed ut rem accipiunt ob caussam, ut in usum et potestatem dotis marito convertant, ita soluto matrimonio tenebuntur condictione sine caussa, id est condictione ob caussam dati caussa finita. *L.* 1. *D. cond sine caus.*

XXXI. Præter eum qui dotem accepit, nemo tenetur ex ea caussa principaliter. Per consequentiam multis modis posse conveniri patrem legimus, cujus filio quem in potestate habet dos data sit: ut quod jussu, de in rem verso, de peculio. *d. L. si cum dotem*, 22. §. *transgrediamur; L. si filiofamilias*, 53. *D. sol. matrim.* Sed communia hæc cum omnibus obligationibus, quæ ex contractibus filiorumfamilias. Eoque ad hunc locum proprie non pertinent. Jus de his comprehensum *Inst. quod cum eo.* De quo dicetur suo loco.

(10) Item si ei imputari possit cur non exegerit *L.* 33. *de I. dot.* Quod si mulier ipsa promisit, nec ab eo dos exacta est, habet, quidem actionem mulier ut promissione per acceptilationem liberetur, quæ alias haberet contra petitionem ex promissione dotis exceptionem doli *L.* 38. §. 1. *de pecul.* sed non habet repetitionem dotis perinde ac si data esset. Neque enim probe marito imputabit uxor quod secum durius non egerit, nec absolutionem urserit. Cujac. 8. *ad Afric. in d. L.* 38. §. 1.

CAP. VII.

Quid in repetitionem et restitutionem dotis veniat: quid inde apud maritum manere debeat. De fructibus dotis, eorumque divisione inter conjuges.

I. Deinceps sequuntur res, quæ in obligationem eoque in repetitionem et restitutionem dotis veniunt. De quo si quæritur, sic recte definiemus, venire id quod debetur, et quandiu debetur. Ita hic res omnis huc redit, ut quæratur, quid hic debeatur, et quandiu.

II. Quorum de utroque facilis est, et paucis admodum contenta definitio in iis rebus, quibus in dotem datis alias deberi diximus. Sic enim licet breviter de his in universum definire, istas alias solas deberi, nihil autem eorum quæ in dotem data sunt; et quæ hic semel deberi cœptæ sunt perpetuo deberi, donec aut solutæ sint, aut eo nomine mulieri, eive ad quem ea res pertinet, satisfactum, aut actio præscriptione temporis exclusa. Quorum utrumque in ipsis generibus agnoscamus.

III. Earum ergo rerum genera duo esse ante diximus: res, quæ pondere, numero, mensurave constant, et res cæteræ quæ æstimatæ in dotem datæ sunt. Quid ergo hæ, et quale est, quod in his debetur?

IV. Priores scilicet in dotem in hoc dantur, ut statim fiant mariti pleno jure: non ut eadem quandoque restituat, quippe quæ ita dentur, ut maritus his utatur pro arbitrio, utendo consumat; quæ harum rerum natura est. Proinde ut reddat alias. Et quoniam id agitur sine injuria mulieris. etiam illud agi intelligitur, ut aliæ reddantur eju-

sdem generis, et qualitatia, *L. res in dotem*, 42. *D. de jur. dot.* simili plane obligationis genere, quales in mutuo istarum contrahitur. De quo est in *L.* 2. in pr. et §. 1. *D. si cert. pet. Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr.

V. Atque ut in hoc genere aliæ res debentur solæ, ita etiam contra sic est hæc obligatio, ut res ipsæ cœptæ, non prius deberi desinant, quam aut solutæ sint, aut creditori eo nomine satisfactum. Quod eo pertinet, ut intelligatur, cum aliis rebus possit debitor alicujus rei interitu liberari, in hoc genere hoc evenire, ut hoc modo non possit. Nam cum ita jus ait, ut liberari possit debitor quivis interitu rei, sed rei tantum debitæ, de quo dicetur in liberationibus: *L. quod te*, 5. *D. si cert. pet. L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* hunc interitum superior obligatio non admittit. Nam ipsæ res quæ debentur, cum debeantur generaliter, incertæ, et nullo loco certo comprehensæ, non possunt dici periisse, quæ nusquam ostenduntur. Possunt quidem illæ perire, et auferri, quæ in dotem datæ sunt, utpote certæ, et quæ subjectæ sint casibus omnibus fortuitis. At jam effectum est eas non deberi, ut proinde ad constitutionem superiorem non pertineant. Ita liberatione interitus hic sublata, nihil relinquitur, nisi, ut quæ prius fuerat obligatio, nunc quoque perseveret, donec solutione, aut si quæ alia solutionis vim habeat, maritus in his liberetur. Atque ex his sumptum est, quod veteres de commodis istarum rerum, deque periculo mariti in his tradiderunt. Dari has scilicet, ut maritus ad arbitrium suum eas distrahat; proinde et commodo suo prout visum erit; et easdem esse periculo mariti. *d. L. res in dotem*, 42. *D. de jur. dot.* Necesse est enim his amissis detrimentum, et periculum mariti esse, si nihilominus adhuc ita tenetur, quasi non periissent.

VI. Eadem caussa rerum cæterarum, quæ in dotem datæ æstimatæ sunt. Nam hic quoque res ipsæ non debentur. Non tamen ut aliæ præstentur ejusdem generis, quando neque id agitur: neque res in suo genere recipiunt functionem, ut superiores, quomodo de his loquitur Paulus in *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* sed debetur æstimatio. Quippe æstimatio venditionem facit. Unde et maritus rerum dominium consecutus summæ velut pretii debitor efficitur. *L. plerunque* 10. §. *si ante*, *D. de jur. dot. L. quoties*, *C. eod.* Atque adeo hujus summæ recipiendæ nomine non rei uxoriæ aut ex stipulatu actio est, sed ut in vera venditione ex (1) vendito. *L. cum dotem*, *C. eod.*

VII. Sane si rebus in dotem datis convenerit, ut res ipsæ soluto matrimonio, si extarent, redderentur, conventio servanda est, et res ipsæ exstantes reddi debebunt. *L. æstimatis*, 50. *D. sol. matrim.* Quæ si perierint aut deteriores factæ sint, tum nihilominus (2) æstimatio debebitur. Hac lege, ut æstimatio adjecta non solum prosit mulieri, ne res periculo ejus sit; sed etiam marito, ne si forte res multo pluris fuerint, quam æstimatæ datæ sunt, maritus amplius præstare debeat, quam id pretium, quo taxatæ sunt hæc in *L. si inter*, *C. de jur. dot.* Si tamen convenerit disjunctim, ut aut æstimatio, aut res præstentur, nisi quid adjectum sit, ut eligat uxor, utrum malit, mariti electio erit. *L. plerumque*, 10. §. *ult. D. de jur. dot.* Sicut accidit in omnibus aliis debitoribus, qui illud aut illud ex conventione debent, §. *hanc autem*, *Inst. de act.* Hinc de commodis, et periculo harum rerum eadem tradita, quæ et in superioribus. Nempe et commoda harum rerum, et periculum ac detrimentum ad maritum pertinere. *L. plerumque*, 10. in pr. *D. de jur. dot. L. cum dotem*, *C. eod. L. unica*, §. *cumque*, *C. de rei uxor. act. L. pen.* §. *mancipia*. *D. sol. matrim.*

VIII. In cæteris rebus, quæ æstimatæ in dotem datæ non sunt, jus in utramque partem commutatur, quamobrem et incipit hic locus patere latius. Nam et hic plures res debentur, et quæ semel deberi cœperunt, fit, ut interitu desinant deberi, atque hoc modo maritus liberetur. Quæ res hic debentur, partibus multæ, genere duæ sunt; res in dotem data, et commoda quæ ex ea ad maritum pervenerunt, aut pervenire potuerunt. Res data omnino, quæ et ipsa in petitionem venit. *L. æstimatis*, 50. *D. sol. matrim. L. in rebus*, 17. in fin. *D. de jur. dot.* Idque ita est, non tantum si res fuit mulieris, aut ejus qui dedit, sed etsi aliena in dotem sit. *L. si alienam*, 11. *eod.* Nam ut

(1) Quando æstimatio rerum dotalium emptionem constituat. Vid. Covar. *Pract. QQ. C.* 28. Menoch. 3. *Præsumpt.* 64. *n.* 14. *et seqq.* Add. Sc. Gentil. *Lib. de Æstim. rer. in do. dat.*

(2) *L. pen.* §. 3. in verbis: pro periculo mancipiorum *D. Sol. matr.* Quod tamen Covar. *d. C.* 28. *n.* 4. sic accipere videtur si saltem levissima culpa mariti, alias non præstanda, accesserit.

supra dixi, res conventione hic geritur, dum id agitur in dote danda, ut quod in eam caussam pro oneribus matrimonii datum est, soluto matrimonio et exemptis oneribus reddatur.

IX. Commoda dotis ita se habent. Fructus dotis ad maritum pertinent pro oneribus matrimonii. *L. dotis*, 7. *D. de jur. dot. L. pro oneribus*, *C. eod.* Sed hi soli ex his commodis. Cætera dotem augent, et tanquam pariter debita una cum re in dotem data in restitutionem veniunt. Quod ita esse certo statuemus, si generibus et partibus horum commodorum propositis, reperiemus omnia in ea caussa esse, quam diximus.

X. Et sunt horum commodorum genera duo. Unum eorum, quæ non sunt in fructu. Alterum eorum, quæ sunt in (3) fructu quidem, sed percepta sunt aut ante nuptias, aut soluto matrimonio.

XI. Quæ commoda in fructu non sunt, earum species sunt quatuor, ac totidem eorum, quæ placet restitui debere. Prima species est earum rerum, quæ aliunde ad res dotales accesserunt. Ut si quid fundo dotali accreverit per alluvionem; si insula in flumine nata propter propinquitatem ei cesserit; si fundo, cujus ususfructus alienus erat, in dotem dato, ususfructus amissus ad proprietatem redierit. Hæc incrementa sunt dotis, et restitui debere placet. *L.* 4. *L. plerumque* 10. §. 1. *D. de jur. dot.* Scilicet quia non sunt in fructu cum fructus rei sit, quod ex re provenit. *L.* 7. *L. item si* 9. *D. de usufr.* Hæc autem extrinsecus ad rem accedant. Secunda species est earum rerum, quæ nascuntur quidem ex re dotali; sed non sunt in fructu. Cujus generis in fundis arbores, et silva non cædua. *L. ex silva*, 10. *L. seq. D. de usufr.* in animalibus ancillarum partus. *L. in pecudum, D. de usur.* Ideo et illas ad jus mariti non pertinere, et hos dotem augere ac venire in restitutionem traditur. De illis in *L. fructus*, 7. §. *si fundum, et L. si fundus seq. D. sol. mat.* de his in *L. plerumque* 10. §. *si servi L. unica* §. *cumque C. de rei uxor. act.* Tertia species est eorum, quæ per servos dotales quæsita sunt neque ex re mariti, neque ex operis eorum, ut si quid his donatum sit, si legatum, si heredes instituti hereditatem jussu mariti adierint. Hæc quidem in fructu non esse constant, cum nihil ad eum qui in servo usumfructum habet, pertineat. §. *de his Inst. per quas pers. nob. acq. L. si servi*, 21. et seqq. *D. de usufr.* Quamobrem et ea si ad maritum pervenerint, aut pervenire potuerint, de his mulieri recte restituendis tenetur. Ex quo est consilium Modestini in *L. servus*, 58. *D. sol. mat.* Ut si maritus aliquid metuit damni ex hereditate servo delata, si jubeat servum adire, quod forte uxor non metuat, reddat servum uxori ea conditione, ut cum jussu ejus adierit, rursum marito retradatur. Ita enim et mariti sollicitudini consultum fore ait, et uxoris desiderio pareri. Quarta species est eorum, quæ servis dotalibus a marito manumissis ad eum pervenerunt jure patronatus: ut sunt ea quæ imponuntur manumissionis caussa: ut hereditas liberti. Quæ jure patroni ad eum rediit. Hæc cum perveniant ab hominibus liberis quibus non fruimur, perspicuum est in fructu non esse. Sed tamen in commodis dotis esse constat, cum per caussam dotis ad maritum perveniant. Ideo et de his maritum mulieri teneri placet, ut reddat soluto matrimonio non aliter quam si mulier ipsa manumisisset. Ut hic quoque agnoscere liceat maritum pro tempore videri dominum esse subtilitate juris; cæterum emolumentum dominii vere uxoris esse.

XII. Alterum genus eorum commodorum dotis, quæ in restitutionem veniunt, diximus esse eorum, quæ sunt in fructu quidem; sed tunc percepta sunt, cum dotis non essent. Id cum aliter intelligi non possit, quam si constiterit, quid de fructibus dotis et quatenus ad maritum redire debeat; pertinet ad hunc locum, ut de eo jam constituamus.

XIII. Sit ergo hoc initium, fructus dotis ad maritum pertinere pro oneribus matrimonii. Constitutio multis locis tradita. Ut *L. dotis*, 7. in pr. *L. plerumque*, 10. §. *si servi, D. de jur. dot. L. ult. D. sol. matrim. L. unica*, §. *cumque C. de rei uxor. act.* Sed fructus dotis exigimus. *d. L. dotis*, 7. *de jur. dot.* Ex quo intelligere licet, et ex quo tempore incipiant hi fructus fieri mariti, et quo tempore fieri ejus desinant. Et de priore si quæritur, sic recte definiemus tunc demum fructus incipere esse dotis, cujus ex re quæ jam dotalis erat, percepti sunt. *L. ult. D. sol. matrim.* Idque est, quod apertius definitur in *L.* 5. *D. sol. matrim.* in fructibus a marito retinendis neque diem dotis constitutæ, neque diem nuptiarum observandum esse, *sed quo primum dotale prædium*

(3) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 33. Jo. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. toto.

constitutum est. Quod et de aliis rebus intelligendum est. *d. L. ult. D. sol. matrim.* Hinc quæstio, quando prædium dotale, quando res mobilis dotalis esse incipiat. Et ut sit prædium dotale (quod et ad cæteras res omnes etiam mobiles pertinere intelligendum est) duabus rebus continetur; ut prædium traditum sit nomine dotis, et ut nuptiæ sint secutæ. Primum id demum intelligi debet prædium dotale, non de quo convenit constitutione mulieris, ut doti esset, sed cujus tradita est possessio dotis caussa. *d. L.* 5. in fin. *D. sol. matrim.* Hoc ideo, quia proprium est dotis, ut ejus dominus fiat maritus. *L.* 1. *D. de jur. dot.* Traditionibus porro, non nudis pactis dominia rerum transferuntur. *L. traditionibus, C. de pact.* Et ideo ut maxime instrumento dotali prædium constitutum sit in dotem, et nuptiæ secutæ; si tamen post aliquot menses prædium traditum sit marito, non computabimus ei tempus ad fructus habendos, nisi ex quo tempore ei tradita est possessio. *d. L.* 5. *sol. matrim.* Sed tamen nihil agit ad dotem constituendam sola traditio: semper nuptias intervenire oportet, ut dos sit, et si quid est, quod velimus esse dotis: cum dos sine matrimonio esse non possit. *L.* 3. *D. de jur. dot.* Proinde si sponsalibus contractis prædium jam ab initio multo ante nuptias dederit in dotem sponso, non tamen prius fructus ejus fient, quam nuptiæ contractæ fuerint. *L. si ante* 6. *D. sol. matrim.*

XIV. Quod si jam quæritur, quousque fructus fiant mariti; id eadem definitio nos docebit. Nam si mariti fiunt fructus ii solum, qui sunt dotis, consequens est nec diutius prædii in dotem dati fructus ad maritum pertinere, quam steterit matrimonium. Quippe soluto matrimonio, dos esse desinit, quæ sine matrimonio, ut dixi, esse non potest. *L.* 3. *de jur. dot.* proinde et prædium esse dotale, et quidquid antea dotale fuerat.

XV. Ex quo si toto anno, quo fructus percepti sunt, matrimonium stetit, et prædium dotale fuit, totius anni fructus ad maritum pertinebunt. Sin eo nondum exactio finitum erit, eveniet, ut novissimi hujus anni fructus inter maritum et uxorem dividendi sint pro portione, ut pro modo temporis quo matrimonium stetit, ex quo dotale prædium fuit, fructus marito cedant; reliqui temporis mulieri. Quæ divisio illa est, quæ commemoratur in *d. L. de divisione*, 5. *sol. matrim.* pluribus autem et diserte statuitur in *L. unica*, §. *cumque C. de rei ux. act.*

XVI. Tantum hoc spectandum est in hac divisione, unde postremi hujus anni initium computemus. Et jam supra effectum est computandum esse ex eo die, quo primum dotalis res esse cœpit. Ac quando dotalis esse incipiat, eodem loco diximus. Ac dixi quidem debere istius anni fructus inter virum et uxorem, ejusque anni initium cedere inde, unde dixi sententia est *L. fructus* §. *Papinianus*, §. *ex contrario, seq.* et deinceps, *D. eod.* Neque enim toto eo loco alio spectat Ulpiani disputatio, quam ut collectis cujuscumque generis fructibus, qui in hunc annum incurrent, declaretur in omnibus fructus quidem ad maritum pertinere: sed non longius, quam pro modo ejus temporis, quo mulier in matrimonio fuit, et prædium fuit dotale: usque adeo, ut si in id tempus, quo matrimonium stetit, incidant duo genera fructuum, tanquam duorum annorum fructus, quorum priores collegerit maritus, nihil tamen is ex utroque amplius percipere debeat, quam pro modo ejus temporis. Quam ad rem demonstrandam maxime comparata est ea species, et responsum quod proponitur ex Papiniano in *d. L. fructus*, §. *Papinianus*, *sol. matrim.* quod quoniam semper obscurum habitum est, nunc breviter exponam.

Ad L. fructus, 7. §. (4) *Papinianus*, *D. sol. matrim.*

XVII. Mulier contractis nuptiis fundum marito tempore vindemiæ in dotem dedit

(4) Quam variantes vero interpretationes perpessa *d. L.* 7. §. 1. quantis contentionibus vexata? Nolim hic vel referendis vel refellendis aliorum expositionibus immorari, speciatæ brevitatis memor. Adeat eas cognoscere avidus Alc. 3. *Parad.* 1. Corns. 5. *Misc.* 7. Loriot. *Tr. de Fructib. As.* 36. *et seqq.* Zas. et Gribald. *ad d. L.* 7. Cujac. 2. *Sent. Pauli* 22. 14. *Obs.* 22. 4. *Feud.* 30. *et* 2. *not.* Merc. 8. et Rob. 2. *Anim.* 8. Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Disp. civil. p.* 185. *et seqq.* Charond. 1. *Verisim.* 10. Hent. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 32. A. Fab. 1. *Conject.* 13. Pac. *in Explic. ejusd. L.* Alex. Turamio. novissime Tinæ. Fab. 1. *Annot.* 11. Nullum ex his sententiam Papiniani penitus assecutum suspicor. Alii verba L. (ut putant) amplexi contra rationem et sententiam aperte oftiuntur, et a justa computatione recedunt, malique sunt arithmetici. Alii dum justam computationem inire student, verbis vim faciunt. Aliorum interpretatio tum a verbis, tum a sententia immane quantum distet. Hypotheses itaque aliorum o-

Calendis Octobris. Ita eo tempore primum hoc prædium dotale factum est; quo mense vindemiæ fructus maritus percepit. Mox eundem fundum ex Calendis proximis Novembribus fruendum locavit. Deinde mensis Januarii insequentis ultima die matrimonium solutum est. Unde apparet hic proponi matrimonium primo anno, et eodem hic novissimo, nondum completo solutum esse: idem matrimonium stetisse quatuor mensibus, id est tertia parte anni: id autem tempus incurrere duo genera fructuum, fructus vindemiæ maturos præcedentis anni, quos maritus percepit; item mercedem locationis anni insequentis, qui fructus est, qui jure percipi dicitur in *L. si navis*, *D. de rei vind.* Quæsitum est, quoniam fructus hujus anni inter maritum et uxorem dividi debere constat, utrum hunc annum computare debeamus ex die locationis, ex quo est ultimus annus, quo merces percipitur, an vero ex die traditi fundi, id est ex Calendis Octobris. Si dicimus ex die locationis, quasi ex eo die sit is annus ultimus, de cujus solius fructibus dividendis agitur, eveniet, ut maritus retineat fructus integros ante perceptos, et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis. Hoc cum sit iniquissimum, respondet Papinianus initium anni de cujus fructibus dividendis hic agitur, non esse computandum ex die locationis, sed ex die præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, id est ex Calendis Octobris, proinde cum quatuor tantum mensibus matrimonium steterit, vindemiæ fructus, et quartam por-

mitto, unam Duareni posuisse contentus, tum quia Donellus illi accedit, tum quia mea, quam subjiciam conjectatio, eodem fere tendit, licet alio medio. Species itaque Duareni talis. Merces 12. aureorum. Vindemiæ 24. Quarta parte anni stetit matrimonium. Si haberetur ratio mercedis solius, tantum 4. consequeretur maritus, sin vindemiarum solarum 8. Verum utriusque ratio habetur, non unius, quia non eodem anno stetit matrimonium. Ac licet non diutius 4. mensibus, tamen unus mensis; October, in finem prioris anni, tres reliqui in posterioris initium incurrunt. Quare in hac hypothesi 5. accipiet maritus, tres quidem aureos pro quarta parte mercedis, et duos pro duodecima vindemiarum. Et hæc divisio equidem rationi juris congruit et æqualitatis analogiam servat, si ponamus fundum in quo solæ vindemiæ, ut probabile est de eo sensisse IC. Ac licet Cujac. 2. *Sent. Pauli* 22. speciem Duareni inde refelli putet, quod illi consequens sit locationem obfuisse marito. Nisi enim locasset, proculdubio consequutus esset 8. tamen hæc non valde officiunt. Sibi enim imputet maritus si vilioris fundum locavit, quam vindemiæ reditus prioris anni fuerunt, quarum proventus fere solet esse incertus. Quin æquo animo ferat hoc si quid est damni, cui converso casu nec lucrum majus auferetur; Arg. *L.* 25. §. 6. *Locati*. Nam si ponas Vindemias fuisse 12. Pensionem locationis 24. Hic ex sententia Duareni 7. consequetur maritus, 6. de mercede, et 1. de vindemiis; qui nisi locasset, tantum 4. accepturus. Nec omnino improbabiliter Duarenus verba *vindemiæ fructus* accepit non de totis, sed novis mensis. Nam cum Papinianus non addat fructus *integros* confundi debere, intelligere facile possis fructus scilicet illius temporis quo matrimonium stetit. Stetit autem uno mense illius anni, cujus sunt fructus vindemiarum. Verum illi plane resistunt verba, *ut ex ea pecunia etc.* Nam sine verbo *confundi*, contributionem in unum intelligas, ut plerique, sive, ut Duarenus, per ea significari quod utrorumque ratio habeatur, quod eodem tendit; si *eam pecuniam* interpretaris quæ ex vindemiis et mercede redacta est, necesse est, neque verba aliud patiuntur, non totam pecuniam ex contributione illa utriusque generis fructuum sive totorum utrorumque, sive partis utriusque sive ex uno genere totius ex altero partis) confectam, sed tertiam portionem illius redacti marito relinquere. Quare si congestos dicas, 2. aureos ut 12. partem vindemiarum, et 3. aureos, ut 4. portionem mercedis, fiet ex ea pecunia id est 5. aureis tertia portio, id est 1. aureus et 2. tertiæ, viro obvenient. Quo nihil iniquius vel inæqualius. Quid igitur? Unius voculæ inobservata, obvia tamen, significatio tenebras hic interpretibus offudit, effecitque ut ceu in media nocte caligarent. Quas paucis, pro instituto, eruta illius vi, discutere conabor. *Confundi* dum scribit Papinianus fructus vindemiarum cum quarta portione mercedis, non congestionem utriusque generis fructuum in unum acervum innuit, in quo uno mirum quam DD. in reliquis fere discordes, conspirent. Sic certe nunquam congruum sensum elicies, quem verbis commode aptare possis. Sed compensationem indici vult, ut quando plus ex uno genere fructuum accepit maritus, tanto minus habeat ex altero; vel nihil potius ex hoc, si quod amplius debito ex illo perceptum est, portionem quæ ex his debetur exsuperet, ut in specie *d.* §. nostri accidit. Qua ratione fiet ut ex ea pecunia vindemiarum percepta, tertia portio fructuum totius anni viro relinquatur. Paulo planius hæc exponam. Compensationi locus, ubi duo sibi mutuo debitores. Hic debent sibi invicem conjuges fructus utrinque, rei compensationem recipientes. Maritus uxori quod ex fructibus vindemiarum amplius quam habere eum et retinere convenit, consequutus. Percepit enim eos integros naturaliter et de facto. Contra uxor debet marito quartam portionem mercedis instantis anni, quæ nondum exsoluta a conductore, ideoque nec dum

tionem mercedis instantis anni confundi debere, ut ex ea pecunia tertia portio viro reliquatur. Tertia portio unius anni marito in proposito relinqui debet, quia quatuor mensibus, id est tertia parte anni matrimonium stetisse proposuit, ut sic fructus ad

percepta, quia dies locationis nondum exierat. Neque enim hæ pensiones menstruatim pendi solitæ, sed in urbanis elapso anno, in rusticis eo tempore quo fructus ex agro vineisve percepti, ut hic mense Octobri, vid. *supra Lib.* 13. *C.* 8. *N.* 7. Inductæ compensationis hæc vis: Marito, per rationem juris ex vindemiis duodecima tantum debetur, pro rata unius mensis ante locationem, et ex mercede quarta pro ratione rata trium mensium, quos post locationem stetit conjugium, ut conjunctim habeat tertiam partem fructuum anni, qui hic sunt duplicis generis. Non ideo tamen 11. partes vindemiarum, quas totas naturaliter tenet, uxori restituit, contraque tantum ab ea repetit, quantum est in quarta parte mercedis, adhuc a conductore debitæ. Sed ita utitur ratio vitandi circuitus gratia ut maritus præter duodecimam vindemiarum, tantum insuper ex reliquis vindemiis retineat, quantum est in quarta parte mercedis nondum exsolutæ; compensatione facta, ne solvere cogatur quæ recepturus *L.* 3. *de comp.* nova uxor exigat quæ redditura. Cui compensationi consequens rem exitum sortiri, ut fructuum totius anni tertia portio viro relinquatur, quæ sumitur non ex contributis utrisque vindemiis et locationis pensionibus, minus autem ex congestis illis integris et quarta parte mercedis, sed ex ea pecunia, scilicet vindemiarum sola quæ jam percepta, cum pensionis nomine necdum quidquam exactum fuerit. Atque hæc planissima ICti sententia. Ac licet mihi non ita blandiar ut applausum legentium ad meas ubique suspiciones mihi polliceri ausim, vix tamen mihi tempero, quin hic εὕρηκα exclamem. Ausim equidem vel sacramento quinquagenario cum quovis, mihi litem hac de re facturo, contendere, veram me Papiniani assecutum sententiam. Cur nihil videam quid difficultatis residuum sit, nihil quod verbis sensum aptari hunc citra ullam duriorem contorsionem, impediat, nihil quod interpretationi obsistat, ac non vel maxime confirmet. Non nova hæc vocis *confundi* acceptio. Sic Ulp. *L.* 26. §. 4. *de cond. ind.* Non fit *confusio* partis vel cum pecunis, id est specie cum quantitate recompensatio nulla: Nec alienum: Confusio namque quæ usitate ita dicitur aditione hereditatis contingens, perquam compensationi affinis; ut cognatarum vocum alteram in alterius significationem quandoque transire minime mirum sit. Hinc uti compensatio confusio *d. L.* 26. §. 4. *de cond. ind.* et *h.* §. nostro. Ita vicissim confusio, tacita vocatur pensatio *L.* 67. §. 3. *de leg.* 2 Et ut adeundo hereditatem quis intelligitur secum pensasse *L.* 33. *Sol. matrim.* ita compensando debitor videtur debitum et creditum ita inter se confudisse ut jam neutrum appareat, vid. *infra Lib.* 16. *C.* 15. *initio.* Quamcumque hic ponas speciem, quamcunque mercedis locationis a valore fructuum discrepantiam rite

hic sensus accommodabitur, quod in aliorum expositionibus longe secus accidit. Fingas ex vindemiis redigi posse 24. Debentur hic marito 5. 2. ex vindemiis. 3. ex mercede, quæ compensatione inducta habebit, uxori ex vindemiis restituendo 19. Pone converso casu, vindemias valere 12. mercedem esse 24. Debebuntur marito 7. ut 1. ex vindemiis, 6. ex mercede. Quæ itidem sibi integra ex vindemiis servabit, restituendo 5. Contra utroque uxor deinde mercedem nihilo imminutam percipiet. Sint vindemiæ 18. merces 12 Debentur marito 4. cum dimidio. Restituet ex vindemiis 13. cum dimidio. Sint vindemiæ 12. merces 18. Debentur marito 5. cum dimidio. Restituet ex vindemiis 6. et dimidium. Et sic de similibus. Convenit apprime §. *sequens*, 2. ubi itidem incidunt duo genera fructuum, sed species convertitur. Ut in §. nostro unum mensem ante locationem, tres post eam stetit matrimonium, ita in d. §. 2. quinque menses ante locationem unum post eam. Ut *in* §. 1. vindemias maritus percepit: ita *in* §. 2. mulier. Ut *in* §. 1. vir ex vindemiis solis sibi servat, quantum ex utroque fructuum genere debetur, contra uxori obligatio mercedis tribuitur integra. Ita *in* §. 2. uxori vindemiæ manent integræ, contra viro ex mercede debita retentio tribuitur portionis pro modo temporis omnium mensium ut exinde servet quicquid sibi cum ex vindemiis pro 5. mensibus, tum ex mercede pro uno mense debetur. Ex. gr. Vindemiæ 24. merces 12. Debentur marito 11. Quare ex mercede repetit uxor 1. Contra merces 24. vindemiæ 12. Debentur marito 7. quibus ex mercede retentis uxori restituit 17. Et sic obiter interspersa *d.* §. 2. sententia, a qua longe abest Dethlev. Langebec. *Annot. C.* 13. Denique contributionem realem et collationem in unum acervum non significari in *d.* §. 1. per voculam *confundi* vel inde liquet, quia merces locationis nondum percepta ita contribui nequit. Realem dico. Nam compensatio contributio est. *L.* 1. *de compens.* non vera tamen et realis, sed legum fictione intellecta. Quo sensu *confundi* idem significare quod *contribui* largior. Sane nec crebro id vocis reperiri puto pro congestione in unum. Longe enim alius sensus, quando confusio dicitur efficere res communes §. 27. *I. de R. D.* Ubi res vel ejusdem generis vel diversi junguntur, ita ut unum corpus ex utrisque conficiatur, nec confusarum specierum quævis per se maneat separata. Alius commistio appellatur §. 28. *I. d. t.* Atqui hic si in unum acervum congeras nummos ex vindemiis redactos, itemque alteros ex mercede perceptos, species nummorum manent separatæ, eaque commistio est non confusio, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 22. Multoque magis, si, ut proponitur *in d. L.* 7. §. 1. (vindemiæ fructus ait Papinianus non vero nummos ex vindemiæ fructibus) ipsos fructus, vindemiarum, ipsas nempe uvas, vinum-

maritum pertineant pro modo ejus temporis, quo matrimonium stetit. Hæc tertia portio ex fructibus vindemiæ et mercede locationis confusis ideo sumetur, quia cum uterque fructus in istud tempus quatuor mensium incurrerit, non debet tota ea portio potius sumi ex uno genere fructuum, quam ex altero. At ad hanc confusionem quantum sumetur ex utroque? Quarta pars mercedis, inquit, ex eo anno, quo fundus locatus est. Recte quarta: nam et ex tempore locationis matrimonium stetit tantum quarta parte anni, nempe tribus mensibus. Quid de vindemiæ fructibus quantum sumetur? Non explicat Papinianus; tantum simpliciter dicit fructus hos confundendos cum quarta illa parte mercedis. Quid ergo an toti hi fructus cum quarta parte mercedis confundendi sunt, an vero pro modo unius mensis præcedentis anni, cujus illi fructus fuerunt, et quo tempore solo matrimonium stetit? Veteres ad unum quia verba generalia sunt, nec quidquam distinguit Papinianus, locum sic acceperunt, ut intelligerent totos vindemiæ fructus confundendos. Recte Duarenus sic accepit, ut confundi quidem debeant fructus vindemiæ, sed pro modo temporis, quo matrimonium stetit. Quam sententiam Papiniani esse ex reliqua ejus disputatione liquido intelligitur: ubi sæpe inculcat non amplius ad maritum pertinere debere fructus, quam pro modo eorum mensium, quibus prædium dotale fuit. Ita cum præcedente anno, quo vindemia percepta est, matrimonium steterit uno tantum mense, quo eodem solo et prædium dotale fuit: non convenit sententiæ Papiniani aliud intelligi, quam ex fructibus ejus anni partem unius mensis, i. e. duodecimam confundi debere cum quarta parte mercedis insequentis anni. Et vero cur in mercedis sumamus tantum quartam parte mercedis, quia pro tempore locationis matrimonium steterit tantum quarta parte anni: in fructibus autem sumamus totos fructus, ubi constet matrimonium stetisse tantum uno mense? Cur non si totos fructus, etiam totam mercedem confundimus? Aut, si partem mercedis tantum sumi placet, cur non et in fructibus vindemiæ confundendis idem servamus? Confundetur ergo duodecima pars vindemiæ cum quarta parte mercedis. Quibus confusis efficiatur illa pecunia, ex qua sumatur illa tertia portio novissimi anni, quam quærimus, quæ marito relinquatur. Hoc disserit Duarenus *Lib.* 1. *Disput. Cap. ult.* pluribus ad *d. L. fructus*, §. *Papinianus.* Summa hæc est; cum primo aut novissimo anno non completo matrimonium solutum est, sic dividi debere fructus inter maritum et uxorem, ut maritus pro modo quidem totius eius temporis fructus ferat, quo mulier in matrimonio fuit, et prædium fuit dotale; sed nihil amplius quam pro modo ejus temporis, sive unum genus fructuum in id tempus incurrerit, sive plura, ut hoc posterius in superiore specie contigit.

XVIII. Illud in hac divisione monendi sumus, non statim ea corpora quæ per se sunt in fructu etiam solida, ita hic in fructu habenda esse. Necesse est enim eorum fructuum quærendorum caussa aliquas impensas fieri vel a muliere ante quam fundum det in dotem, vel a marito postquam ei fundus in dotem datus est. His impensis ab altero, vel ab utroque intervenientibus hæc de fructibus dividendis definitio est, fructus eos esse, (5) qui deducta impensa supersunt. Quo significatur, si quid alteruter conjugum impenderit fructuum quærendorum caussa, non omnia ea quæ ex fundo percepta sunt, quanquam per se sunt in fructu, dividenda esse inter conjuges, sed prius deduci debere ex fructibus impensas quæ præstentur ei, qui impendit. Si quid supersit, id demum fructuum esse, quem dividendum esse dicimus. Hæc in *d. L. fructus*, in princ. *D. sol. matrim.*

XIX. Quæ cum ita sint, apparat jam ex his, qui fructus ad maritum non pertineant. Eos autem esse qui percepti sunt ante, quam nuptiæ contractæ essent. Item qui soluto matrimonio nati sunt. Postremo et qui constante matrimonio nati; aut percepti sunt pro ea parte, qua matrimonium non stetit, aut prædium dotale non fuit. Hi autem sunt, de quibus supra propositum

ve expressum conjungas cum mercede. Quis enim dicet ex his corpus unum conflari aut coalici. Quis igitur sic dicet confusionem proprie fieri. Quare si vel maxime aliena sit, ab usu vocis *confundi* proprio nostra acceptio, tamen cum propria plane non conveniat, aliaque omnino arripienda sit, utique ea potius, quæ et ex aliis LL. comprobatur et ad difficultates vexatissimi §. eximendas expeditior.

(5) Ubi vid. Zas. *n.* 5. *et seqq.* Atque hæc civilis est fructuum acceptio, vid. Copus *Lib.* 1. *de Fruct. Tit.* 1. *C.* 6. Fit et æstimatio laboris in fructibus colligendis et in ipsius rei cura ac administratione impensi per *l. ad nostram pen. de Reb. Eccl. non al.* Covar. t. *Var. Resol.* 3. *n.* 3.

erat, ut diceremus eos mariti non esse. Et de his ipsis ut ad dotem pertinentibus restituendis traditum his locis. *L. si ante*, 6. in fin. *D. sol. matrim. L. unica*, *§. exactio*, *C. de rei ux. act. L dotis*, 7. *D. de jur. dot.*

XX. Illud ad extremum adjiciendum est, in his omnibus, quæ soluto matrimonio restitui debere dicimus, non solum ea numeranda esse, quæ ad maritum pervenerunt, sed etiam quæ pervenire potuerunt, et dolo malo ejus aut culpa factum est, quominus pervenirent. *L. ult. D. sol. mat.* Idque ex eo est, quod maritum placet in rebus dotalibus dolum et culpam præstare debere, ut mox dicetur. Sed etsi quid nondum pervenerit, futurum tamen sit, ut perveniat, cavere debet maritus eo nomine, se qood consecutus erit, restituturum. *L. si constante*, 22. *§. si vir. L. si filiofamilias*, 25. *§. ult. D. sol. matrim.*

XXI. Cognitis his, quæ rebus pondere, numero, mensura non constantibus, et nec æstimatis in dotem datis, debentur a marito, et in restitutionem dotis veniunt: sequens quæstio est, quandiu debeantur, ut perseveret repetitio. In quo ne longiores simus, præter quam quod proprium est hujus loci, de eo ex præceptis communibus liberationum judicandum est. Nisi quod hic quædam exceptio est, qua ab his regulis communibus disceditur; quæ vel sola cogat nos hanc partem hoc loco attingere.

XXII. Videndum est igitur, quæ species certa debebatur, si perierit, deteriorve facta sit, casu id contigerit, an mariti culpa.

XXI I. Si casu, utemur certi juris regula, debitorem interitu rei debitæ liberari, quod quidem sine mora, et alia culpa ejus contigerit. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl. L. quod te*, 5. *D. si cert. pet.* Et quæ altera regula est, aliis verbis idem exprimens, Casus fortuitos nullo judicio præstari. *L. quæ fortuitis*, *C. de pignor. act. L. contractus*, *D. de reg. jur.* Idque est, quod de hoc genere rerum traditur in hujusmodi rebus ut commodum ad mulierem, quod ex superioribus intellectum est, ita periculum et damnum pertinere; et quod idem est, has res et meliores et deteriores mulieri fieri. *L. plerumque*, 10. in princip. et *§. 1. D. de jur. dot. L. pen. §. mancipia, D. sol. matrim. L. unica*, *§. cumque. C. de rei ux. act.* Sed hic semper excipimus mariti ut et confusvis alterius debitoris moram et culpam. De mora generaliter traditum, moram debitoris, quam in re debita solvenda fecerit, perpetuat obligationem. *L. si servum*, 91. *§. sequitur. L. nemo rem* 2. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Hoc et in specie dotis servatur. *L. si filiofamilias*. 25. *si post. D. sol. matrim.* Tradita et illa generaliter, eum qui semel moram fecit, postea offerentem quod debuit, purgare moram, et deinceps in ea re solum dolum præstare, *d. L. si servum*, *§. sequitur*, *D. de verb. obl. L. illud, D. de per. et com. rei vend.* Quæ et ipsa in mariti persona observari legimus. *L. semel*, 26. *L. si mora*, 9. *D. sol. matrim.* Ita hactenus in dote cum aliis liberationibus omnia communia. Quæ ideo ex præceptis de hoc genere communibus melius petentur.

XXIV. In culpa jus nonnihil discrepat. Nam in cæteris contractibus, in quibus utriusque dantis scilicet et accipientis utilitas versatur, is qui tenetur de re restituenda non solum dolum et culpam præstat, sed et diligentiam, non solum qualem suis rebus adhibere consuevit si forte in suis rebus fuit negligentior, aut parum industrius: sed qualem diligens pater familias solet in suis rebus præstare. Exemplo est creditor in pignore, a quo hæc omnia exiguntur: tantum ideo quod in pignore non solius debitoris utilitas versatur, qui propter pignus datum pecuniam accipit: sed etiam creditoris, cui pignore magis cavetur. *L. si cum venderet*, 15. *§. ult. L. ea quæ. seq. D. de pignor. act.* Diversum in dote. Nam cum in hac it dem utriusque utilitas versetur, mariti fructus inde per ipientis, et uxoris, cujus onera in matrimonio propter dotem sustinentur: tamen ita placet, in rebus dotalibus præstare debere dolum quidem et culpam similiter ut cæteros debitores: *L. etiam*, 18. *§. 1. L. pen.* in pr. *D. sol. mtrim.* At diligentiam non majorem præstare, quam suis rebus exhibet. *L. in rebus*, 17. *D. de jur. dot.* Quod quid sit, dicetur alias in præceptis communibus ad liberationes pertinentibus. Nunc hoc quæremus, cur hæc in dote observetur dissimiliter in re maxime favorabili, atque in pignore et similibus caussis. Et id caussæ est, quod de dote agitur inter socios, et socios arctissima societate conjunctos, ut suo loco docuimus. Societati in universum hoc tributum, ut dum socius socio culpam suam, id est factum suum, seu culpam quæ in faciendo sit, præstet, non major diligentia ab eo exigatur, quam quantum suis rebus solet adhibere. Idque ideo, quod socius socium judicio talem eligit, qualis est, eligendo prolat. *§. ult. Inst. de soc.*

XXV. Harum rerum obtinendarum caussa suæ actiones propositæ sunt et extraneo.

et mulieri. De quibus reliquum est, ut cognoscamus. Et extraneo, qui in dote danda pactu actionem dotis in suam personam transtulit, diximus actionem esse ex stipulatu si sit stipulatus dotem sibi reddi; sine stipulatione autem actionem perscriptis verbis. *L. unica, §. accedit, de rei ux. act.* Hæ in persona extranei quanvis ad dotis repetitionem rumpant: tamen nihil proprium habent, quod agenti præter cæteras caussas tribuant. Nam quæ beneficia data sunt sive mulieri, sive marito in exactione dotis, de quibus mox, hac rerum personarum caussa comparata sunt. *L. unica, §. et ut plenius, 2. C. de rei ux. act. L. 1. D. sol. matr.* Ideo personam non egrediuntur *§. fuerat,* in fin. *D. de act. L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. jur.*

XXVI. Mulieri autem, quibus in caussis dos et dotis actio ejus est, ad dotem et superiora commoda obtinenda tres sunt proditæ actiones. Actio in personam adversus maritum et heredes ejus; Actio hypothecaria de rebus mariti omnibus adversus quoscumque earum rerum possessores; et Actio in rem de rebus dotalibus, quæ sunt mulieris.

XXVII. Primum huic data est actio in personam. Si quidem res æstimatæ in dotem datæ sunt, est communis actio ex vendito. *L. cum dotem, C. de jur. dot.* Si aliter datæ sunt, quæcumque hæ res fuerint, fuit olim actio rei uxoriæ. Hodie hac sublata ex constitutione Justiniani est actio (6) ex stipulatu, sive stipulata sit mulier re vera dotem sibi reddi, sive non sit: ut hic ubi non intervenit stipulatio, tamen intervenisse fingatur. *d. L. unica, §. 1. C. de rei ux. act. §. fuerat, Inst. de act.* Quam actionem ideo Justiniano inducere visum est, quod multa haberet jam olim quibus plenius consuleretur mulieri, cui plene prospicere Justiniani consilium fuit, ut ipse testatur in *eadem L. d. §. et ut plenius,* et *§. primum itaque.*

XXVIII. Actioni isti pro commodo mulieris tributa hæc sunt duo, natura bonæ fidei actionis, et privilegium præ cæteris exigendi. Primum actio ex stipulatu cæteris in caussis omnibus stricti juris est. *L. 5.* in fin. *L. aliis, seq. D. de in lit. jur.* In hac restitutione cavit Justinianus, ut esset bonæ fidei non aliter, quam olim fuit actio rei uxoriæ. *d. L. unica, §. sed etsi, de rei ux. act. d. §. fuerat.* Hoc eam vim habet, ut quæ tribui legimus judiciis bonæ fidei, eadem in hac actione mulieri tributa intelligamus. Quæ hæc sint, exposuimus ad *§ actiones autem, Inst. de act.* Exempli caussa licet ex his in hac specie duo animadvertere, usurarum accesionem, et jusjurandum in litem. De usuris ita cavit Justinianus, ut si pecunia dotis nomine debeatur a marito, et in ea solvenda moram fecerit, exinde incipiat ejus pecuniæ debere usuras, quas ille vult in hac specie (7) deberi usque ad tertiam partem centesimæ. Ut sint usuræ dicuntur trientes, *d. L. unica, §. exactio, de rei uxor. act.* Est autem centesima usura duodecim aureorum in singulos centenos aureos annuos, proinde triens usura, seu tertia pars centesimæ, quatuor aureorum in singulos centenos aureos annuos. Beneficium non aliunde, quam quod hanc actionem bonæ fidei esse placuit, quod et Justinianus testatur ibidem, qui has usuras præstari jubet ex bona fide introducendas. Recte ex bona fide. Est enim hoc proprium actionum bonæ fidei, ut in his usuræ ex mora debeantur. *L. mora, 32. §. in bonæ, D. de usur.* Ex hoc jure est etiam, quod placet, ut si maritus dolo faciat, fecerit ve, quominus res dotales restituat, tanti damnetur, quanti mulier in litem juraverit. *L. si filiofamilias, 25. §. 1. D. sol. matrim.* Nam et hoc bonæ fidei judiciis datum, ut in his juretur in litem, si de re nostra aut ad jus nostrum pertinente restituenda agatur. *L. 5. L. tutor, D. de in lit. jur.* Hæc eadem actio privilegium habet, ut mulier cæteris omnibus credituribus quanvis privilegiariis præferatur in dote exigenda. *L. si cum dotem, 22. §. ult. D. sol. matrim. L. quæsitum, §. ult.* et *LL. seqq. D. de reb. auct. jud. poss.*

XXIX. Sed ne magnopere urgeamus hoc privilegium, est, quod multo plenius et uberius mulieri ad repetitionem dotis tributum sit. Data est enim ei tacita hypotheca in rebus omnibus mariti. *L. unica, §. et ut plenius, C. de rei ux. act.* Atque hinc hypothecaria actio. *§. item Serviana, Inst. de act.* cujus beneficio consequitur, ut aliis cre-

(6) Omni jure illius, in hanc translato *d. §* 29. vid. Don. *ad d. §.* 29. Guib. *de Dotib. C. 6. n. 11. et seqq.* Ræv. *de Auct. Prud. C. 4,* qui vult actionem rei uxoriæ aliam olim fuisse a dotis actione specialem. Hæc quidem eo tantum, quæ tabulis dotalibus contenta, petita fuisse ex fide bona *L. 21. in fin. Sol. Matr.* illa vero generaliori res omnes uxoriæ, etiam parapherna, patrimonium et peculium earum, illique adjecta verba solemnia quantum æquius melius etc.

(7) Etiam ab heredibus viri in restituendo morosis, vid. Fachin. 2. *Cont.* 401. et 10. *Controv.* 7. Sed num et actio bonæ fidei est ex parte viri? Negat Cujac. *Cons.* 16.

ditoribus omnibus præferatur, non solum privilegiariis, sed etiam hypothecam habentibus: olim quidem bis solum, qui tempore posteriores essent: *L. dotis. C. de jur. dot.* hodie ex constitutione Justiniani etiam in hypotheca tempore prioribus. *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Quod sic accipiendum est, dum priores (8) similem hypothecam habeant, nempe privilegio juris constitutam, non vigilantia et conventione creditorum partam: ut fuse disseruimus ed eam *L. ult.*

XXX. Quæ privilegia cum postremo isto excepto jam olim omnia mulieri constituta essent ad repetitionem dotis: nempe locum fecerunt illi definitioni Pomponii, quæ exstat in *L. 1. D. sol. matrim* *Dotis caussa*, inquit, (9) *semper et ubique præcipua est.* Est autem hæc sententia. Dotis caussa idest caussa et lis, in qua de dote recuperanda agitor. Præcipua est, id est, est ea conditione, ut mulier in dote cæteris omnibus creditoribus, qui utuntur eodem beneficio juris, sit potior, quo eam ante omnes præcipiat. Id enim nostris præcipere, et præcipuum significat. *L. si filia nupta. §. 1. et seq. L. Pomponius Philadelphus, D. famil. erc.* Semper, idest quocumque tempore de dote restituenda agetur, sive agetur soluto matrimonio, sive constante, ut interdum constante matrimonio agi diximus. Ubique, idest in omnibus caussis. Quæcumque a cæteris creditoribus mulieri opponentur: ut scilicet sine discrimine earum caussarum mulier omnibus aliis creditoribus præferatur. Nam quod dicitur in *L. pen. D. de relig. et sumpt. fun.* impensam funeris præcedere omne creditum; non eam significationem habet, ut ea impensa etiam præcedat exactionem dotis. Sane enim impensa funeris præcedit omne creditum: sed quatenus in eo nihil amplius est, quam creditum; ubi scilicet nihil aliud adfert creditor ad persecutionem juris sui, quam ut dicat se pecuniam credidisse, sibi pecuniam jure deberi. Quod si quid amplius sit in credito quam creditum: puta privilegium aut hypotheca, si his utatur creditor, non est superior sententia impedimento, quominus illa impensæ funeris recte præferantur. Non enim tum dicitur impensa funeris præcedi ab alio credito, sed ab alio ejus crediti privilegio, aliave hypotheca.

XXXI. Illud in his actionibus monendi sumus, quemadmodum his ita consulitur mulieri, ut supra diximus; ita vicissim hoc beneficium datum marito, ut his conventus nomine dotis, condemnetur solum, qualenus facere potest. *L. maritum. 12. D. sol matrim. §. item si de dote. Inst. de act.* De quo beneficio multa a veteribus relata scio sub *Titulo D. sol. matrim.* Sed cum sit beneficium cum multis aliis commune, quod et ipsum communibus præceptis continentur, pertineat autem ad res judicatas: visum est omnem hanc tractationem in eum locum rejicere, ubi in commune explicetur.

XXXII. Est et mulieri de re dotali in rem actio. Cui tunc locus est, cum res certas, quæ eædem reddi deberent, mulier in dotem dedit. Sic enim res vere dotales fiunt. Dotalium rerum ita maritus dominus fit constante matrimonio, ut tamen naturaliter, idest revera, intelligantur perpetuo mansisse in uxoris dominio, ut est in *L. in rebus, C. de jur. dot.* Qua de caussa et vindicare eas potest ut suas, soluto matrimonio. *L. in rem, D. de rei vind.* Quandiu vero mulieri hac actione in rem experiri liceat, ea uti maxime consultum est præter cæteras. Habet enim commoda duo, quibus superiores carent. Nam primum mulier de dote agens ut de re sibi debita, id est actione in personam, aut pignora persequens tanquam pro dote quæ sibi debetur, obligata, (10) præfertur quidem omnibus creditoribus tempore posterioribus, præfertur et anterioribus: sed his solum, qui hypothecam beneficio juris similiter habeant: non item iis, qui habent hypothecam cautione sua prius partam, ut ante dixi. In rebus autem ipsis dotalibus vindicandis ita Justiniani constitutio est, mulierem soluto matrimonio omnem habere prærogativam, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem caussam in his per hypotecam vindicare. His enim verbis ille nititur in *d. L. in rebus, C. de jur. dot.* ut intelligamus, ne eos quidem creditores, qui ante constitutionem dotis bona mariti quanvis aperta conventione sibi obligata habent, mulieri in rebus dotalibus vindicandis præferri. Et recte. Illi enim ut sibi obligatas vindicant; mulier ut suas. Quinimmo ne obligatas quidem sibi res dotales illi persequuntur, quoniam maritus eas pignori o-

(8) De quo ancipites DD. concertationes, vid. Don. noster *ad L. ult. C. qui pot. in pig. et Tr. de Pign. C. 14. circ. fin.* ubi forte dicam.

(9) Nec *in d. L. 1.* verba *semper et ubique* a Triboniano adjecta, ceu sentit Hot. 8. *obs.* 16.

(10) Vid. Gomez. *in L. Tauri 50. et 3. seqq. n. 42. et seqq.*

bligare non potuit, ut quæ non essent ejus, sed mulieris. *L. quanvis. 75. D. de jur. dot.* Hoc amplius et in his cessat beneficium mariti, quo illi tribuitur, ne damnetur ultra quam facere potest. Hoc enim beneficio tribuitur marito, ne extorqueantur illi de bonis, quod habet, hactenus ne egeat: non etiam ut si quid habet alieni, id retineat et de eo alatur *L. in condemnatione, D. de reg. jur.* Beneficium hoc est, sublevandi debitoris caussa comparatum, non etiam ut lucrum ex alieno faciat. Denique ut nihil aliud, certe beneficium est. Nunquam autem beneficia in alterius injuriam concedi solent. *L. nec avus, C. de emancipat.*

C A P. VIII.

An quid vice mutua præstandum sit marito ex caussa dotis; et si quid, quæ obtinendi ratio. Tum de impensis in rem dotalem factis.

An aliquid marito debeatur ex caussa dotis a muliere; et an illud actione petatur. I.
Fructus dotis, et impensas in rem dotalem factas marito deberi. II.
Fructus quando marito debeantur; et qua petantur actione. III.
Impensarum quæstio triplex. 1. *Quotuplex earum genus.* IV.
2. *An impensas necessarias recuperet maritus, an compenset cum fructibus.* V.
Item an voluptarias. Quando utiles: et quas necessarias impensas recipiat VI.
3. *Quæ impensas consequendi ratio jure veteri.* VII.
Quæ rursus Justinianeo jure. VIII.
Impensas recipit maritus etiam futuras; et quomodo. IX.

I. Atque hæc sunt, quæ ex obligatione dotis datæ mulieri præstanda sunt. Quid marito, nihilne ex hoc negotio debetur, quod ei ex contrario a muliere præstandum sit, similiter ut illis contractibus, qui re fiunt, commodato, deposito, pignore, in quibus etiam ei, qui rem restituendam accepit, contraria actio est? Sane vero et in hac obligatione quædam marito debentur: sed non sunt ejusmodi, ut aut peti possint, aut si petuntur, petantur actione hujus negotii propria. Quia tamen est aliquid, quod vicissim ei præstandum sit, ed eo breviter subjiciemus.

II. Duo sunt, quæ marito ex caussa dotis deberi possint: fructus dotis, et impensæ in res dotales ab eo factæ.

III. Fructus dotis debentur marito, si his pendentibus et nondum perceptis matrimonium solutum sit. Nam cum hi dividi debeant inter maritum et uxorem, aut si uno anno integro matrimonium stetit, in solidum ei assignari, et tamen nunc non sint a solo separati, ut ei præstari possint, necesse est eos aut ei perire restituto prædio dotali, aut in futurum deberi. Et vero debentur, cum maritus prædium dotale restituerit. Sed ita hi peti possunt, si maritus sibi caverit a muliere in dote reddenda, ut cum fructus percepti erunt, pro modo debito sibi reddantur. *L. fructus. 7. §. interdum sol. matrim.* Quod nisi fit, nulla marito de his fructibus repetitio est, quia mulier rem suam recepit. *L. si quis sciens. C. de rei vind.* Sin sibi cavit, est quidem repetitio; sed ex recenti ejus cautione, non actione acceptæ dotis propria. Itaque aut ex stipulatu aget, si stipulatus sit fructus sibi reddi: aut nulla stipulatione interposita, præscriptis verbis. Fecit enim, id est restituit dotem ea lege, ut mulier vicissim fructus redderet. Quod pactum non est nudum. Unde et jure civili obligationem parit. Atque hinc præscriptis verbis actio. *L. legem, C. de pact.*

IV. De impensis in rem dotalem factis tria quæruntur. Primum quæ harum genera sint. Tum quas ex his marito consequi liceat, aut non liceat. Postremo si quas consequi licet, quomodo maritus consequatur. De quibus quid juris sit, dicam breviter, sententiam maxime explicans ejus Tituli *digestorum*, qui est *de impensis in res dotales factis.* Et impensæ aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptariæ. *L. 1. D. de imp. in res dot. fact.* Necessariæ describuntur pluribus in *L.* 1. 2. 3. 4. *D. eod.* Utiles in *L.* 5. §. *ult. L. ult. L.* 6. *eod.* Voluptariæ in *L.* 7. *eod.* Uno autem in loco hæc genera explicantur, in *L. impensæ, D. de verb. signif.*

V. Jam ex his quædam sunt, quas consequi non potest a muliere maritus: quædam, quas potest. Has non potest. Primum necessarias, tam quæ fiunt fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorum caussa, quam quæ alias fiunt temporis caus-

sa, ut re frui liceat. Puta quæ ad necessariam rei tutelam pertinet, ut quæ sunt ad sarta tecta tuenda, ad alendos servos dotales, ad pascenda pecora: ad modicam eorum curationem. Quæ ad fructum præsentis anni pertinent, hæ sumuntur deducunturque ex (1) fructibus. *L. fructus*, 7. §. *ult. D. sol. matrim. l.* 3. *D. de imp. in rem dot. fact.* Ut si quidem maritus fructum totum anni retinet, nihil istarum impensarum nomine repetat a muliere, sed eas compenset cum fructibus. *d. L. fructus*, 7. §. *ult. sol. matrim. d. L.* 3. *D. de imp. in rem dot. fact.* Sin fructus dividendi sunt inter conjuges; sic instituatur hæc divisio, ut maritus, quod impendit, prius deducat de universa summa fructuum, sic deinde reliquum inter ipsos dividatur. *d. L. fructus*, 7. in pr. *sol. matrim.* Reliquæ superiores impensæ, quas ad necessariam tutelam rei pertinere diximus, in ea caussa sunt, ut eas maritus suo sumptu facere debeat. Res enim dotales tueri debet suo sumptu, cum ex his fructum capiat. Unde evenit, ut si has impensas non recuperat maritus; ideo nihil habeat, quod queratur, quia non tam has non fecisse videatur, quam his deductis minus fructuum percepisse. Hæc *L. pen.* et *L. ult. D. de imp. in res dot. fact*

VI. Proximum locum obtinent impensæ voluptariæ, quæ si separationem non recipiunt, nullo modo deduci possunt. Si recipiunt, nihil tamen earum nomine maritus amplius consequi potest, quam ut sibi fiat potestas ea tollendi, quæ posuit. *L. pro voluptariis*, 9. *D. de impen.* Ne utiles quidem omnino consequi posse maritum placet, si eas voluntate mulieris non fecerit, et non habet mulier, unde eas solvere possit, nisi cogatur rem suam vendere. Quam ad rem eam rogi iniquum est. *L. utilium*, 8. *D. eod.* Ex quibus jam intelligitur ex contrario, quas impensas ex his possit maritus consequi: Potest scilicet reliquas necessarias, quæ nimirum fiunt ad perpetuam rei, vel certe non præsentis anni utilitatem. *L.* 3. *D. de impen.* Potest utiles, quæ aut voluntate mulieris factæ sint, aut quas facile ferre possit mulier aliunde, ut non propterea habeat necesse rem suam vendere, quo ex pretio his impensis satisfaciat. *d. L. utilium*, 8. *de impen.* De voluptariis autem tantum maritus consequi potest, quantum sine damno rei dotalis potest ex his quæ posuit, dedurere. *L. pro voluptariis*, 9. *eod.*

VII. Quod reliquum est harum impensarum ita consequendarum ratio olim in deductione fuit, id est in retentione rei dotalis, donec hæ impensæ a muliere repensæ essent. *d. L. utilium*, *d. L. pro voluptariis*, *eod.* Hoc amplius fuit in necessariis impensis, quod placebat eas dotem minuere, dotem, inquam, non corpora dotalium rerum: hoc sensu ut si res tantum in dotem datæ essent non æstimatæ, nulla hic fieret corporum dotalium imminutio, sed ut fit in cæteris impensis, maneret tantum maritus in rerum detentione donec ei satisfieret: sin pecunia in dotem data esset una cum fundo, aut fundus in dotem æstimatus, quem marito liceret restituere, aut æstimationem, ut in specie *L. plerumque*, §. *ult. D. de jur. dot.* hic (2) ipso jure fieret deminutio per compensationem, usque adeo ut si postea mulier necessariis impensis satisfaceret, videretur non dos eadem mansisse, quæ prius erat; sed dos quæ vere erat imminuta, rrevisse, ut nova esse inciperet. Hæc sententia *L. quod dicitur*, 5. *D. de imp. in res dot. fact.* Tribuebatur hoc etiam his impensis, ut quo casu dotem ita imminuebant, ut dixi, si dos tota soluta esset non habita ratione impensarum, possset tamen maritus condicere id quod pro impensis necessariis compensari solebat. *d. L. quod dicitur*, 5. §. 1. Non abs re: quia maritus hic non restituisset rem, quæ fuisset mulieris, cum impensam fecit, sed quæ fuisset ejus, qui fecit.

VIII. Hodie omnis retentio dotis cum ob alias quasvis caussas, tum etiam ob impensas necessarias, et utiles in res dotales factas sublata est constitutione Justiniani. *L. unica*, §. *taceat*, *C. de rei ux. act.* Et ne forte hæ perirent marito, si his non deductis res

(1) Quid si plus sumptuum collatom, quam fructuum obvenit ex insolita sterilitate, num ex seq. anni quo diremptum matrimonium est redditibus, quod ultra erogatum est, sarcietur, vid. Vaud 2. Q. 22.

(2) Vid. *L. do* *e* 61. *de ri. nupt. L.* 56. §. *ult. de l. dot.* Quod si tantum per partes impensum quanti totus fundus est, et intra annum impensæ non oblatæ, fundus dotalis esse desinit ex Scævolæ sententia, *d.* §. *ult.* Et sic impensæ quodammodo perimunt corpus dotale, licet non minuant, ut non æque pars fondi desinat esse dotalis, si partem æquent, quia hic interest mulieris partem eam potius retinere quam æstimationem ob communionis incommodum. Ant. Fab. 1. *Conject.* 2. ubi et *in d. l.* 5. gemina correctione verbis *ipso jure* quæ bis leguntur, sede motis, reponit *ipsa in re*. Cujac. quoque 23. *Obs.* 12. Tribonianum duplicis corruptionis in d. *l.* 56. §. *ult.* arguit. Vid. et de impensis Vaud. 2. Q. 22. Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Disp. civil. p.* 194. et seqq. usque ad fin.

dotales mulieri restitueret, ut pereunt alias, cum possessor non deductis impensis a se factis fundum restituit. *L. si in area. D. de cond. indebit. L. sumptus. D. de rei vindicat.* Justinianus ibidem ad eas impensas persequendas actionem dedit, aut potius ex ratione juris communis idoneam actionem esse putavit; quam et dari ei voluit, si quidem impensæ voluntate mulieris factæ essent, *mandati;* si voluntas mulieris non interveniat, *negotiorum gestorum.* In voluptariis impensis, quia nulla actio jure daretur ad eas exigendas, certe non superiores; ideo ad operis facti detractionem veterem retentionem reliquit. *d. §. taceat,* in fin. Sed retentionem dotis sustulit Justinianus, compensationem impensarum cum pecunia, quæ dotis nomine debebatur, eo loco (3) non sustulit.

IX. Veniunt autem in æstimationem impensæ mariti non tantum præteritæ, sed etiam futuræ. Quid enim, si maritus in plures annos fundum dotalem locaverit, et eo tempore nun impleto matrimonium erit dissolutum, ut periculum sit, ut ne mulier jure suo usa colonum ejiciat, unde et maritus locator hoc damnum ei præstare cogatur? Quid, si damni infecti caverit ob ædes ruinosas, unde damno emergente et hoc ex stipulatione præstare debeat? Recte faciet mulier si istarum rerum nomine caveat marito, quo ei periculum omne futuri damni amoveat. Et in hanc rem placebat olim dotis retentionem esse marito, donec mulier ita cavisset. *L. si filiofamilias*, 25. *§. ult. L. cum mulier*, 55. *D. solut. matrim.* Hodie ex constitutione Justiniani superiore denegabimus marito retentionem; damno ingruente actionem dabimus unam ex iis, quas supra diximus.

(3) *L.* 5. *C. de compens.* ubi Don. *n.* 4. et 5. Zas. ad *L.* 7. *§.* 5. *Sol. Matr. n.* 8. Pac. 5. *Q.* 60. diss Ant. Guib. *de Dotib. C.* 7. *n.* 16. Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 37.

CAP. IX.

De donatione propter nuptias. Quid sit; Quid tribuat mulieri tum in dominio rei, tum in fructibus: De ejus æqualitate cum dote: Et quæ hinc obligatio ad restitutionem.

Donatio propter nuptias doti maxime affinis. Quid illa. I.
Similitudo et affinitas quibus in rebus cernatur, II. III. IV. V. VI.
Quare a Justiniano dicta donatio propter nuptias. V.
Idem dominii jus in donatione propter nuptias habere uxorem, quod habet in dote maritus. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Donationem propter nuptias uxoris remunerandæ gratia dumtaxat liceri. VIII.
An liberum fuerit marito donare propter nuptias infra dotis quantitatem. IX.
Quid novi Justiniana placuerit. Hac ex parte novella 97. moribus abrogata. X.
Summa juris de repetitione dotationis propter nuptias constituti. XI.

I. Dotis mutuæ species quædam est, (1) donatio propter nuptias. Sic enim de ea scribit Justinianus, nomine et substantia rei nihil distare a dote ante nuptias donationem. *L. ult.* vers. *si igitur et nomine*, *C. de don. ant. nupt.* Merito igitur et hanc doti subjicimus, ponimusque hujus restituendæ obligationem inter eas, quæ re contrahuntur. Quod et ex definitione certius intelligetur. Est autem donatio propter nuptias, qua res nomine mariti datur uxori propter nuptias, ut dum nuptiæ stabunt, fiat uxoris eodem jure, (2) quo dos apud maritum esse solet, dotis remunerandæ gratia. Quæ definitio quid contineat, cognoscamus.

II. Et liceat in ea easdem partes agno-

(1) Contractus vocatur *Nov.* 119. *C.* 1. *Pr.* de qua vid. Cujac. *in Nov.* 22. *p.* 138. *et seq. et in d. Nov.* 119. *et* 5. *Obs.* 4. Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 9. *et seqq.* A. Guib. *de Matrim. C. de Donat. propt. nupt. ult.* Sc. Gentil. *Lib.* 4. *de Don. int. vir. C.* 16. ubi eam ab impetitionibus Hotomanni tuetur. Est alia sponsalitiæ donationis species sponsi in sponsam, vel hujus in illum solius amoris vel liberalitatis gratia, de qua *in L.* 1. *in fin. de Don. L.* 25. *Depos. L.* 1. *C. si adv. don.* cujus quintuplex differentia ab hac sponsalitia largitate (sic vocatur *L.* 4. *C. de sec. nupt. Nov.* 119. refert Hot. *in §.* 1. *I. de Don.* vid. P. Greg. 8. *Synt.* 7. 14. *et seqq.*

(2) Et Cujac. 5. *Obs.* 4. ubi tradit, quibus ex casibus, si in persona mariti contingant, is dotem lucratur: iisdem si in persona uxoris, eam donationem propter nuptias consequi. Quibus cum dote conveniat, et in quibus differat Gomez. *d. loc. n.* 10. *et* 11.

scere, quas in definitione dotis attigimus, rem, dationem, personas dantis et accipientis, finem dandi. In hac donatione dicitur esse res quævis generaliter, ut quemadmodum res omnes dotem recipiunt, sic intelligamus omnes recipere donationem propter nuptias, quod congruit cum superiore dicto Justiniani, qui utriusque generis eandem substantiam esse ait.

III. Atque hæc res est, non de qua convenit, ut daretur, sed similiter ut in dote res quæ datur mulieri; quod donationis verbum satis indicat, cum dicatur donatio esse doni datio. *L. senatus*, §. 1. *D. de mort. caus. donat.* Ex quo intelligimus, hic quoque obligationem restituendæ donationis propter nuptias re contrahi, ubi ea ex re tradita initium sumat, non ex sola conventione.

IV. Transigitur hæc datio inter easdem personas, inter quas dotis datio, nempe inter maritum et uxorem. Solum hoc interest, quod dos a muliere aut ab alio nomine mulieris proficiscitur in maritum. Donatio propter nuptias proficiscitur a marito aut ab alio ejus nomine in uxorem. Nam ne in hac quidem donatione quidquam interest, utrum det maritus, an alius quivis pro eo. *L. ex morte*, vers. *eadem*, *C. de pact. convent. L. ult.* vers. *quare*, *C. de donat. ant. nupt.*

V. Finis dandi hæc continet. Datur hic res propter nuptias similiter ut dos, *d. L. ult.* vers. *quare*, *C. de don. ant. nupt.* Quo admonemur, quemadmodum dos sine matrimonio esse non potest, *L.* 3. *D. de jur. dot.* ita nec donationem propter nuptias. *d. L. ult. C. eod.* Hinc evenire, ut, si quid donetur propter nuptias uxori futuræ, nulla sit donatio, nuptiis non secutis. Et rursum ut dissoluto matrimonio donatio esse desinat, quemadmodum in dote fieri diximus. Notandum, dici donationem non ante nuptias, ut olim, sed propter nuptias ex re, quam apertius Justinianus induxit. Cavit enim, ut quemadmodum dotem dare etiam constante matrimonio mulieri conceditur, ita liceat et marito constante matrimonio donare propter nuptias. *d. L. ult.* in pr. *C. de don. ant. nupt.* Absurdum sit autem eam donationem, quæ fit constante matrimonio appellare donationem ante nuptias. Quæ caussa fuit Justiniano vetus verbum emendandi, *d. L. ult. C. de don. ant. nupt.* §. *est et aliud Inst. de donat.*

VI. Datur autem res, aut dum nuptiæ stabunt, fiat mulieris eodem jure, quo dos apud maritum esse solet. Quibus verbis in donatione propter nuptias duo mulieri tribuuntur, vindicatio, et utendi fruendi jus, ut in hoc jure quemadmodum dotis fructus ad maritum pertinent, sic et fructus rei propter nuptias donatæ pertineant ad mulierem. De vindicatione constat. Hæc enim nominatim tribuitur mulieri in donatione propter nuptias Novella sexagesima, *Ut immob. don. ant.* §. 1. unde authentica *Permissa*, *C. de donation. ante nupt.* De fructibus rei propter nuptias donatæ non item inter omnes convenit. Quinimo hæc (3) plurium sententia est, hos fructus non fieri mulieris; quia scriptum sit in *L. pro oneribus*, *C. de jur. dot.* non licere marito permittere uxori capere dotis fructus donationis caussa. Nam cur magis liceat illi permittere, ut mulier capiat rei propter nuptias donatæ fructus? Ego autem existimo etiam hujus rei fructus fieri mulieris eodem jure, quo dotis fructus fiunt mariti. Movent me verba constitutionis Justiniani *L. ult. C. de donation. ante nupt.* Is in ea *L.* versic. *si igitur et nomine*, scribit, nomine et substantia nihil distare a dote donationem ante nuptias. Substantia cujusque rei est id, quod res in se continet, quæque ipsa efficit. At effectum dotis maxime est hoc, ut fructus dotis fiant mariti, qui eam accepit. Quocirca et donationis propter nuptias, cujus eadem substantia est, effectum hoc esse oportet, ut rei hoc modo donatæ fructus fiant mulieris, quæ donationem accepit. Idem Justinianus in eadem *L.* ult. vers. *sin autem*, scribit dotem et do-

(3) Et recte. Quidquid enim speciose hic noster, evidens est cuivis rem non dico curiose pensitanti, sed vel rationem communem consulenti, posita nostri sententia, omni dotis commodo maritum cariturum. Fructus dotis in effectu ita plane exinanirentur, quia quantum hic accederet, tantum inde decederet. Et refellitur Donellus *ex L.* 29. *C. de I. dot.* ibi *sed fructibus* etc. ubi tantum casu quo maritus ad inopiam delapsus, fructus donationis hujus tribuuntur uxori, sed non ut in rem suam vertat, verum in onera matrimonii convertat. Vid. Hot. *ad* §. 3. *I. de Donat.* Gomez. *d. loc. n.* 11. Duar. *ad Rub. D. Sol. Matr. Tit. de Don. prop. nupt.* Jo. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. *C.* 8. ubi mulierem non esse dominam hujus donationis, sed vinculo pignoris tenere. Sc. Gent. 4. *de Don. int. vir.* 16. *p.* 461. *et seq.* Ern. Cothman. *Juris Resp.* 50. *n.* 33. ubi *n.* 22. *et seqq.* inventam esse hanc rationem dotis conservandæ, nec quoad originem et juris communis dispositionem titulum hujus donationis lucrativum esse, sed ut loquitur, dotis conservativum.

nationem propter nuptias paribus passibus ambulare. Metaphora est, qua significatur utramque speciem in easdem res convenire, ut accidit iter facientibus qui paribus passibus ambulant. Et cur id negemus, cum fateamur in hac donatione rem donatam fieri mulieris? Si res ejus, etiam fructus ex ea re perceptos ejus fieri oportet. Hoc enim jus proprium est domini. *L. qui scit* in pr. et §. 1. *D. de usur.*

VII. Non moveor verbis. *L. pro oneribus*, *C. de jur. dot.* Non patitur lex maritum permittere uxori capere donationis caussa dotis fructus, et si permiserit, certissimi juris esse lex ait, fructus repeti posse quatenus mulier locupletior facta est. Longe diversa caussa est fructuum ex dote perceptorum, et eorum qui percepti sunt ex re donata propter nuptias, cum de his mulieri acquirendis agitur. Nam fructus dotis sunt mariti, utpote percepti ex re ejus. *L. dotis*, 7. *D. de jur. dot. d. L. qui scit*, *D. de usur.* Quæ res facit, ut si maritus eos permittat capere uxori, donet rem suam. Hoc vero maritus facere non potest: jure omnem donationem simplicem inter virum et uxorem prohibente. *L.* 1. 2. 3. *D. de don. int. vir. et uxo.* At fructus percepti ex re propter nuptias donata, cujuscumque sint, certe non sunt mariti, sed eum sequuntur, qui ejus rei dominus est. Mulier autem est domina, ut supra ostendimus. Quare et hanc sequentur, non permissu et donatione mariti, ne quis forte donationem mariti hic reformidet; neque enim alienum quod erat, dici potest maritus donare: sed eo jure, quo res quæque fructus suos domino parit. Quin autem isto modo fructus fiant uxoris, nulla pars juris prohibet. Prius erat, ne permitteretur inter virum et uxorem donatio propter nuptias. Hac autem semel admissa, et dominio in mulierem translato, non potuit, quin et fructus inde percepti dominii jus sequerentur. At enim, dicet aliquis, fructus dotis dicuntur fieri mariti non simpliciter, sed pro oneribus matrimonii. Nulla autem ejusmodi caussa est in muliere, cur fructus rei propter nuptias donatæ fiant ejus. Ipsa enim matrimonii onera non sustinet. Cur igitur rei donatæ fructus pariter fiant mulieris? Quia ut non sit caussa superior, quæ fructus hos mulieri adjiciat; est tamen alia, quæ idem efficiat, nempe animus remunerandæ dotis; quam remunerationem in donatione propter nuptias leges admiserunt, donatione alioqui inutili futura, si fieret jam contractis nuptiis. *L. ult. C. de don. ant. nupt.* ac de ea remuneratione jam dicam.

VIII. Dicimus igitur sic donationem esse propter nuptias, non solum si res detur nominatim propter nuptias, ut dum nuptiæ hæ stabunt fiant mariti, sed etiam si detur remunerandæ dotis gratia. Hanc partem aperte confirmat, *d. L.* ult. vers. *quare*, *C. de don. ant. nupt.* cum Justinianus donationem hanc non simplicem donationem esse ait, sed quasi antipherna posse intelligi. Quod verbum constat idem valere, ac si quis mutuam et reciprocam dotem diceret, seu ea quæ vice mutua pro dote dentur. Et vero ita est donatio propter nuptias, quod vel ex effectu licet intelligere. Hoc ergo eam vim habet, ut intelligatur, extra dotem, cui ex adverso respondeat donatio propter nuptias, nullam hanc esse donationem. Quod et constitutum est. Hinc illa, hanc donationem quantumvis nominatim propter nuptias collatam in uxorem, tamen nullam esse, nisi ab eo, qui prius dotem acceperit; neque id solum, sed et dote accepta longius non progredi, quam ut intra modum dotis consistat, ejus quantitatem non excedat. *d. L. ult.* vers. *quare*, et §. *si igitur dote*, *C. de don. ant. nupt.* Quorum utrumque facile ostendit, in donatione propter nuptias quæsitam esse mutuam dotem, in qua tam aperte id agitur, ut doti respondeat, extra hanc non valeat.

IX. Hæc proportio quæstionem attulit, an quemadmodum ultra dotem non licet donare propter nuptias, ita etiam minus donare non liceat, ut per omnia donatio hæc dotis quantitati respondeat. Sed non recte hæc comparantur. Non licere plus donare propter nuptias, quam dotis quantitas efficit; et non licere donare minus. Prius enim non licet, quia dotem excedendo incipit esse donatio simplex inter maritum et uxorem, quod genus jus non concedit. Posterius licet contraria de caussa, quia non est hic donatio simplex, sed quæ mutuum cum dote faciat, ut quatenus id fit, jure civili non possit improbari, ut Justinianus disserit in *d. L. ult. C. de don. ant. nupt.* Et omnino ita jus initio fuit, ut marito donare propter nuptias liberum fuerit. Cui consequens fuit, ut si cui marito videretur contractis nuptiis donare, vel ante donatum augere, liberum etiam esse deberit, quantum vellet donare, et priori donationi adjicere. Quidni, cum et in dote idem jus sit, ut quemadmodum nulla cogitur dotem dare, aut dare amplius, quam velit, ita nec quisquam donare propter nuptias, nisi velit, et quantum velit? Potest matrimonium sine dote esse. Servetur igitur ea-

dem lex in donatione propter nuptias, ut possit et matrimonium esse sine donatione propter nuptias, postquam dicimus hæc eodem jure uti *d. L. ult.* vers. *quare*, et §. *si igitur dote, C. de don. ant. nupt.* Et hanc libertatem donandi propter nuptias confirmarunt veteres omnes constitutiones. Constitutio Leonis, *L. ex morte, C. de pact. convent.* constitutio Justini, *L. nen. C. de don. ant. nupt.* constitutio Justiniani, *L. ult. C. eod.*

X. Sed is hoc jus immutavit in *Novel. de æqual. dot.* 97. §. 1. et §. *aliud.* Atque ita constituit, donationem propter nuptias, sive quis donet ab initio, sive contractis nuptiis augeat, æqualem per omnia doti esse debere, cum in præstatione ipsa donationis ejusque quantitate, tum in pactis de dote lucranda, aut donatione propter nuptias. Et addit nominatim, constituere se, ut quod hic antea liberum fuerat, deinceps positum sit in juris necessitate. Et quod cavet de pactis dotalibus, ut quod de dote convenit, idem intelligatur convenisse de donatione propter nuptias, et contra, non inique constituit. Quod autem caveat, ut maritus donare volens propter nuptias, æquam doti donationem faciat; tale est, ut videri possit non tam inique, quam (4) absurde constitutum. Omnes enim concedunt matrimonium, ut sine dote, ita et sine donatione propter nuptias esse posse. *d. L. ult. C. de donat. ant. nupt.* Ut scilicet marito dote accepta liberum sit nihil donare in totum. Cur non igitur donare volenti liberum sit minus donare? Plus est enim licere nihil donare in totum, quam licere non donare ex parte. Absurdum est autem, cui quod plus est licet, quod minus est non licere. *L. non debet, cui, D. de reg. jur.* Quid, quod certi juris et æquitatis Constitutio est, liberam esse cuique ab initio potestatem habendi vel non habendi contractus? *L. sicut. C. de obl. et act.* Atqui donatio propter nuptias est contractus. *Novel. ut spons. larg. speci. sit contractus* 60. Subjiciatur igitur et huic æquitati donatio propter nuptias. Quam ob caussam et consuetudo publica sequentium temporum hanc constitutionem (5) repudiavit. Sic enim usus est, ut et donare propter nuptias, et donare minus, et donare alia forma liceat, ut testes sunt Accursius ad *auth. æqualitas*, in extremo. Baldus et Salycetus in summa *L. ex morte, C. de pact. convent.* Nec nocere debebit marito, si quid cœperit donare propter nuptias. Vere enim liberalitatis est, quæ eum ultra quam velit, obstringere non potest. *L. 1. L. 2. D. de proc.*

XI. Jam de obligatione hujus contractus propria videamus. Et ne multis morer, cum dicatur donatio propter nuptias communem substantiam habere cum dote, et paribus passibus ambulare; facile intellectu est quæ supra de repetitione et restitutione dotis diximus, in donationis hujus repetitione locum habere omnia, si privilegia superioris repetitionis excipias. Ea igitur sic se habent, quæ quam brevissime perstringam. Ut dotem soluto matrimonio mulier, ita et donationem propter nuptias soluto item matrimonio, aut is ad quem ea pertinet, repetere potest. *L. ult.* in fin. *Cod. de jur. dot.* Ut dotis exactio mulieris est; sic et donationis propter nuptias exactio mariti, nisi qui dedit sibi caverit in re danda donatum sibi restitui, quod et in dote servatur. *L. unica. §. accedit. Cod. de rei ux. act.* Cumque diximus donationem propter nuptias fieri mulieris eodem jure, quo dos apud maritum esse solet; vel hinc satis intelligitur, in restitutionem donationis hujus eadem venire; nempe rem donatam, et quæ commoda inde pervenerunt ad mulierem, aut pervenire potuerunt, exceptis fructibus dotis, quos mulieris fieri diximus ex quo tempore cœpit res donata esse in id tempus, quo matrimonium solutum est, dolo et culpa a muliere in omnibus præstanda et diligentia tanta, quantam suis rebus mulier adhibere solet. Actio marito in personam est ex eadem intellecta conventione, qualem in dote intelligi diximus. Contractus is, qui re fiat, ubi scilicet res restituitur, quæ prius data est. Nomen actionis esto actio rei propter nuptias donatæ, at ex commodato com-

(4) Diss. Cujac. *in d. N.* 97. scribens aliter non constitui sine summa captione posse, licet id non obtinuisse liqueat *ex Nov. Leon.* 20. Eadem ratione, inquit, si augeatur dos constante matrimonio, augenda quoque hæc pari quantitate, et e contrario. Quin tantum abest ut quidam liberam hujus donationis constitutionem putent, ut etiam ipso jure constitutam, juxta dotis quantitatem, existiment, vid. Fach. 8. *Contr.* 67. Sc. Gent. *d. C.* 26. *p.* 412.

(5) Jo. del Castillo *de Usuf. C.* 46. *n.* 11. decisionem illam non esse in usu, hodieque voluntarie has donationes constitui, vid. Sc. Gent. *d. C.* 16. *p.* 464. Quin et Cujac. 5. *Obs.* 4. totum hoc genus fere ex usu et sublatum, et dotarium moribus receptum plane ab eo diversum esse. De dotalitio, vid. H. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 4. *et seqq.* P. Heig. *QQ. aliquot Parte* 1. Unde id genus invaluerit Cothman. *Jur. Resp.* 50. *n.* 45. *et seqq.*

modali, deposito depositi, ex locato locati dicitur. Hæc actio jure communi cum cæteris utitur. Privilegia et beneficia doti tributa (6) non habet utpote dotis et mulieris propria. §. *fuerat* in fin. *Institut. de action. L.* 1. *D. sol. matrim.* Sed et in rem actio marito competet de rebus donatis quasi quæ in ejus permanserint dominio, exemplo dotis, quando ambæ eandem substantiam habere dicuntur.

(6) Diss. *per L.* 19. *C. de J. Jur. in d.* §. 29. aliique, quos citat Herman. Meiier. *de præfer. credit. Lib.* 2. *Tit.* 5. *n.* 39.

CAP. X.

De repetitione ob caussam datorum: Quam variæ hæ caussæ, et effectu juris ad repetitionem quam dissimiles. Ac primum de repetitione datorum ob caussam præteritam voluntariam.

Transitio ad repetitionem ob caussam datorum. I.
De ea repetitione quæstio duplex. Prior de caussa repetionis, et quæ. II.
Dotum ob caussam aut est ob caussam præteritam vel ob futuram. Sive ab caussam aut ob rem datum. Explicatio utriusque, atque usus. III.
Ob præteritam caussam datum, si vera sit: non potest repeti. Si falsa; interest voluntaria ne fuerit, an necessaria; et quæ utraque. IV.
Voluntaria repetitionem summovet, falsa licet, et errori conjuncta; et quare. V. X.
Contrariis occurritur. VI. VII. VIII. IX.
Datum sub conditione, quæ non exstiterit, vindicari potest, aut condici. XI.

I. Hactenus nobis exposita est vis et natura primi generis eorum contractuum qui re fiunt. Quod genus esse diximus eorum, quibus id ita agitur, ut res eadem restituatur, vel genere, ut in mutuo, vel specie ipsa, ut in commodato, deposito, pignore et similibus; ut contractus conventionem reddendi inclusam in se habeat, nomine hanc ipsam conventionem vi sua indicante. Cujus generis sex hi fuerunt, Mutuum, Commodatum, Depositum, Pignus datum, Dos, Donatio propter nuptias. Erat (1) alterum genus a nobis propositum, ejusdem quidem conventionis, sed in qua conventio de eadem re reddenda non exprimatur verbis, neque nomine contractus, quod nullum est, designetur; sed verbis cessantibus colligatur ex sententia contrahentium, benigna interpretatione hanc sententiam ex bono et æquo inducente. In hoc genere sunt duo: Ob caussam data, quatenus de his repetendis agitur, et Precarium.

II. De repetitione ob caussam datorum duplex est, ut in superioribus contractibus, quæstio. Prior de caussa repetitionis. Altera de repetitione ipsa, quæ hic et qualis obligatio, quæ hinc et qualis repetitio. In caussa repetitionis hoc quæritur, quæ res det ob caussam dati repetitionem, sive caussa secuta sit, sive non sit. De quo ex genere caussæ propter quam quid datur, æstimandum est.

III. Omne quod ob caussam datur, aut ob præteritam caussam datur, aut ob futuram. Ob præteritam; veluti, do tibi decem, quia negotia mea curasti, quia liberos instituisti, quia prius mihi mutuo dederas. Ob futuram; veluti, do fundum, ut me alas; do Pamphilum, ut Stichum des, ut Stichum manumittas, ut filium emancipes. Exstatque hæc distinctio in *L. damus*, 52. *D. de condict. ind. L.* 1. *D. de condict. ob turp. caus.* Nisi quod his locis divisio bis verbis expressa est, ut dicatur omne quod ob caussam datur, dari aut ob caussam, aut ob rem. Et ob caussam, ut intelligatur ob caussam præteritam: ob rem, ut intelligatur ob futuram, seu ut aliquid sequatur. Quo modo et hoc posterius in usu juris fere recipi solet, ut eum simpliciter dicitur obligatio, seu contractus ob rem dati. *L. ult. D. de condict. caus. dat. L naturalis*, in princip. *D. de præscr. verb.* Quod quidem non fit significatione et proprietate verborum, quasi uno

(1) Gomez. 2. *Resol.* 8. *n.* 1. discernit hæc. Re contrahi, ut mutuum, commodatum etc. ac interventu rei contractus incerti, quia illic non requiritur conventio expressa, sed ex facto apparet quid agatur. Hic vero requiritur et obligatio oritur, non quidem ante traditionem, subsequuta tamen illa, non ex traditione, sed conventione contrahentium. Sed vid. *supra Lib.* 12. *C.* 12. *et seqq.*

non significetur alterum: sed verbis alioqui per se generalibus et idem exprimentibus ad species certas contractis docendi caussa, quo magis diversæ species distinctis nominibus intelligerentur; ut fieri solere sæpe supra monuimus, et præcipue in appellationibus injusti, rupti, irriti testamenti, didicimus ex §. *alio*, *Institut. quib. mod. testam. in firm.* Nam alioqui quod ob rem datur, id est ut aliquid sequatur, recte dicitur, et ex usu juris, ob caussam dari. Unde condictio ob causam datorum caussa non secuta: aperte de caussa futura, quam postea sequi oporteat. *L. si militem*, *Cod. de condict. ob caus. dat.* Et in hæc verba etiam *inscriptio Titulorum*, quibus de hac condictione agitur *D. et Cod.* Et contra quod datur ob caussam præteritam, recte dici potest dari ob rem: quoniam et quod præcessit, res est, propter quam quid datur. Sed ut dixi, in his appellationibus ut in aliis innumeris commoditas docendi a veteribus spectata est. Nos ne quis sit error in ambiguitate verborum alioqui prope idem significantium, putamus præteritæ, et futuræ caussæ appellationibus has species certius distingui, quibus et nunc utimur: ut tamen intelligamus idem, quod superioribus verbis significatum est a veteribus.

IV. Sunt vero hæ caussæ ut genere distinctæ, ita effectu juris ad dati repetitionem longe dissimiles. *d. L. domus*, *de condict. ind.* Ex qua varietate et distincti *Tituli* de hoc genere eum in Pandectis, tum in Codice, *De condictione indebiti*, *De condictione ob caussam datorum*, *De condictione ob turpem caussam datorum*. Quod ob caussam præteritam datum est, in eo sic jus est de repetitione. Siquidem caussa vera est, qualiscunque caussa erit, cessat dati repetitio, etiamsi caussa sit turpis. *L. mercalem*, *Cod. de cond. ob cau. dat.* Quippe re in proposito ita data, ut si caussa ita se haberet, maneret apud accipientem. Neque vero adversus voluntatem dantis repeti potest. *L. si ego*, *D. si cert. pet.* obstante videlicet pacti exceptione, quam constat nasci ex omni pacto. *L. juris gentium*, *§. sed cum nulla*, *D. de pact.* Sin est falsa caussa, ob quam datum est, non æque contra evenit, ut semper datum possit repeti. Ex voluntate dantis id pendet. Voluntas uti est caussa dandi præterita, ita ex ea conjicitur. Neque enim omnes caussæ præteritæ eodem modo dantem afficiunt, et voluntatem ejus movent. Caussa præterita duplex: quædem voluntaria; quædam necessaria. Voluntaria, quæ ut maxime vera sit, nulla necessitate dandi dantem obstringit, ut qui ex ea non fuerit obligatus: Veluti, do, quia negotia mea curasti, quia uxorem duxisti, quia pauper factus es. Necessaria omnis, ex qua jure quid debetur, quæ ideo adfert secum necessitatem rei debitæ solvendæ, ut est definitio obligationis, *Inst. de obl.* in pr. Sic appellantur hæ caussæ a Papiniano in *L. alienationes*, 13. *D. fam. ercisc.*

V. Quod ob caussam præteritam voluntariam datum est, placet omnino repeti non posse. Si caussa vera sit, de eo jam dixi, et nulla est dubitatio. Sed amplius dicimus, etsi caussa falsa sit, (2) ne sic quidem datum repeti posse. Utpute, dedi tibi decem hac caussa et ratione nominatim adjecta, quia negotia mea bene curasti: sive non curasti, sive curasti male; datum non repetam. Sed et hoc certum est, si scivi negotia mea a te curata non esse, et nihilominus dedi. Sic enim apparet me donare voluisse, ut dicitur de indebito ab eo qui sciret indebitum, soluto. *L. cujus per errorem*, *D. de reg. jur.* At etiam hoc dicimus amplius, etsi errans falso mihi persuasi negotia mea a te esse gesta, cessare repetitionem. Quod diserte scriptum in *d. L. damus*, 52. *L. in summa*, 65. *§. id quoque*, *D. de cond. ind.* diligenter notandum est. Videri enim potest prima facie dictum adversus sensum omnium hominum aliquod factum remunerari cogitantium; qui in ea cogitatione ita affecti esse solent, ut nisi vere beneficium præcesserit, nolint in alium esse liberales. Quo magis superior sententia munienda fuit ratione. Ideo et rationem Paulus adjecit in *d. L. in summa*, *§. id quoque*, *de cond. ind.* si dedi, inquit, quod negotia mea adjuta a te putavi, licet non sit factum, et falso mihi persuaserim factum esse, tamen non repetam: quia donare volui. Recte Paulus ex definitione donati. Donari enim intelligitur, quod nullo jure cogente conceditur. *L. donari*, *D. de reg. jur.* Cui definitioni consequens est, ut si quis cum sciret se non cogi ad dandum, dederit tamen, videatur donasse: Quod et ipsum scriptum est in *L. Campanus*, *D. de oper. libert.* Atqui in ea caussa

(2) Zas. *ad Rub. de Cond. ca. da. n.* 4: Loriol. *de Jur. Arte Tr.* 17. *et seqq Ax.* 72. Aut caussa est, inquit, obligatoria, ut do, quia emi, et si falsa, ac dans veram putat, condictioni locus: Aut non est obligatoria, ut do quia Capitolium adscendisti, et quia donationem continet, nulla condictio, quamvis in ea erretur.

est is, qui dicit, aut putat negotia sua gesta esse ab aliquo. Nam etsi vere gesta sint, non obligatur tamen ei, qui gessit, ut pro upera quid præstet. Hactenus solum obligatur, ut præstet, si quid ille in ea negotia impenderit utiliter, aut se eo nomine alicui obligarit. *L. 2. D. de admin. tutor.* Quod si is pro upera nihil debet, cujus vere negotia gesta sunt, quanto minus debet, cujus negotia omnino gesta non sunt? Quare qui ob negotia sua curata dedit, cum sciret, aut jure scire deberet se non teneri ad aliquid ejus operæ nomine præstandum; si dedit, donare voluit, sive caussa vera fuit, sive falsa: et sive scivit falsam esse, sive ignorans falso sibi persuasit veram esse, quæ non erat. Quoniam omnibus his casibus pariter verum est eum scientem se nullo jure cogi, dedisse: et posterioribus magis: quo fit, ut recte dicatur donasse, ex superiore definitione. Quo posito, sequitur, ut recte negetur datum his omnibus casibus repeti posse. Certi enim juris est perfectam semel donationem non posse revocari: nisi ex quibusdam caussis, de quibus postea suo loco. *L. cum ancillam, §. si repetendi, C. de cond. ob caus. dat.*

VI. Sed multa huic sententiæ videntur adversari, quæ nisi diluimus, animus in ea sententia facile acquiescere non potest. Sed et contraria aliis locis certis dicere videbimur. Proponam igitur, ac de singulis breviter respondebo. Primum statim occurrit in contrariam sententiam exemplum indebiti soluti. Quod et ipsum datur ob caussam debendi, quæ præcessit. In eo tamen hæc de repetitione distinctio est, ut si quidem is qui solvit scivit indebitum esse similiter non repetat. At si per errorem solvit, falso sibi persuadens debitum esse, quod non erat; placeat eum in falsa caussa et justo errore suo habere dati repetitionem. *L. 1. D. de cond. ind.* Cur non igitur idem dicamus, si dedi tibi ob hanc caussam, quia negotia mea curasti: ut si scivi curata non esse, non possim repetere: at si putavi, et in eo erravi, æque mihi competat dati repetitio propter falsam caussam et justum errorem? Nempe quia ad cogitationem donandi multum interest inter caussam præteritam voluntariam, de qua nunc agimus, et caussam dandi necessariam, qualis esse putatur in indebito per errorem soluto. Qui scivit se non teneri ob caussam præteritam, sive ea vera esset, sive falsa, si nihilominus dedit, aperte donare voluit ex definitione donati, ut dixi. At qui dedit tanquam deberet, et dum in eo errat, se debere putat; is utique in eo errore donatum non vult. Verum est enim illud Modestini, neminem in necessitatibus liberalem exsistere *L. rem legatam. D. de adimend. leg.* idest neminem liberalitatem et donationem exercere velle in eo, in quo se necessitate cogi ad præstandum existimat. Contraria enim sunt sponte dare, quod est donationis; et dare coactum, quod est ejus qui se putat debere, ac propterea solvit. Itaque in illo repetitionem impedit ejus donatio: in hoc contraria donanti voluntas admittit.

VII. Sed esto non congruat exemplum, tamen multa alia efficere videntur non esse animum donandi in eo, qui ob caussam præteritam falsam dedit, quamvis voluntariam, si eam caussam subesse falso sibi persuasit errans. Hæc videlicet, solus error ipse dantis; adiectio caussæ non inutilis; tum cujusque caussæ vis et potestas. Occurrit igitur secundo loco ipse error dantis. Vel hic solus sufficere videtur, ne qui ob caussam falsam per errorem dedit, existimetur in donationem consensisse, quia certum est non consentire qui errent. *L. si per errorem, D. de jurisd. L. 2. D. de jud.* Sed expedita hic responsio est. Sane enim non consentiunt, qui errant: sed dum intelligimus non consentire in eo, in quo errant. Nam aliis in rebus, in quibus non errant, non potest dici consensui obstare error, qui nullus est. Itaque in proposito qui dedit ob negotia sua gesta, que gesta non sunt, dum putat gesta esse; quia in caussa dandi errat, nemo dixerit eum in eam caussam consentire. Et sane non consentit, neque id nunc agitur, ut consentiat. Qui etiamsi consentiret, ut negotia sua gesta sint, nihil tamen proficeret. Facta enim infecta fieri non possunt. At quod putat se non teneri, ut quid det eo nomine, ejusmodi est, ut in eo non erret. Id enim re vera ita se habet. Quare si cum id sciat, det nihilominus, negari non potest, quin non per errorem, sed sciens prudens det, ubi se nullo jure cogi intelligat. Quod si fit, jam hic non errantis, sed consulto dantis donatio est: cui propterea non potest dici error obstare, quominus valeat.

VIII. Tertio objicitur inutilitas adjectionis, si in ea caussa denegamus danti eique erranti repetitionem; quam inutilitatem, videtur esse contra jus et rectam legem omnem interpretationis, admittere. Hoc enim convenit omnium loquentium sententiæ, ut omnis oratio, et adjectio sic accipiatur, ne sit inutilis, sed ut aliquid egisse intelligatur. Idque ita præcipitur in *L. si quando*,

109. *D. de leg.* 1. Porro hæc ratio adjecta, quia negotia mea curasti, in eo qui putavit vere gesta esse, est inutilis; nisi hoc agitur, ut si negotia curata non sint, nolit datum quod dedit. Proinde hoc ipsum sensisse eum intelligere debemus; non autem eum donare voluisse, quasi superius illud frustra adjecerit. Sed quod dicitur orationem omnem sic esse accipiendam, ne frustra sit, sed ut aliquid egerit; in re et voluntate obscura locum habet. Contra est, si constet eum qui quid adjecit, nihil agere voluisse. Quod accidit in iis omnibus, qui dant, legant aliquid caussa seu ratione adjecta in præteritum concepta. Nam cum sciant se non teneri, ut dent, etsi caussa vera sit, multoque minus, si falsa; hoc ipso quod dant nulla necessitate dandi coacti, donare se ostendunt. Proinde et rationem dandi frustra adjecisse, qua non adjecta idem futurum esset. Aut si non frustra adjecisse, volumus, huc certe referetur, ut quoniam ratio est, ideo confirmandæ dationis caussa magis, quam impugnandæ adjecta videatur, et si falsa sit, nihilominus datum valeat. Quæ et sententia pro jure certo accepta est. Ex hac enim certitudine voluntatis illa est regula juris certi, quam in omni datione tenere oporteat, falsam caussam adjectam neque legato, neque heredis institutioni nocere; id est non efficere, quominus hac contempta quasi frustra adjecta legatum, et institutio valeat, *L. demonstratio*, 17. §. *quod autem. L. falsa*, 33. *D. de cond. et dem.* §. *longe. Inst. de leg.* Quod et ipsum veteribus placuisse in iis quæ inter vivos ob falsam hujusmodi caussam dantur ex hac specie intelligi potest *d. L. in summa*, §. *id quoque*, *de cond. ind.* Quid mirum, cum nec falsa caussa noceat stipulationi? ut in *L. si divortio*, 21. *D. de verb. obl.* Nam profecto si stipulator quanvis falsa caussa adjecta ultra actionem habet ad rem promissam petendam: multo magis cui res falsa caussa adjecta jam data erit, habebit rei datæ retentionem.

IX. Postremo objicetur etiam vulgare illud, cessante caussa cessare effectum: sumptum ex *L. quod dictum*, 32. *D. de pact. L. quid enim*, 27. *D. de judic. L. generaliter*, *C. de episc. et cler.* Quo dicto efficitur in proposito, ut si quis quid dederit ob caussam, qualem nunc intelligimus, veluti quia negotia ejus gesta sint: hac caussa cessante, quod fit, cum caussa falsa est, intelligatur is qui dedit, datum nolle, quia hic caussæ adjectæ effectus erat, ut daretur. Sed et hoc vere vulgo dicitur cum Accursio ad *L.* 1. §. 2. in verbo, *caussam*, *D. de postul.* superius illud de (3) caussa finali accipiendum esse, non de impulsiva. Si apertius dicendum est, superius illud recte dicitur de caussa futura, seu in futurum concepta, cum scilicet aliquid datur, inducitur, constituitur, ne quid fiat postea aut ut fiat: qui finis est dandi, et constituendi. Veluti, ne debitor a fidejussore postea conveniatur, qualis caussa proponitur in *d. L. quod dictum, de pact.* Aut ne legatus impediantur publico munere legationis fungi. Qualis et in *d. L. quid enim. de jud.* In caussa autem præterita voluntaria, et quod idem est, in oratione præterita sumpta neque vere idem dicitur, neque superior sententia ad eam caussam pertinet. Licet autem hujus posterioris caussæ exemplum sumere ex *d. L.* 1. §. 2. *D. de postul.* Extat apertius in specie, de qua agimus, confirmata in *d. L. in summa*, §. *id quoque de cond. ind.* Sed ne longius petatur hujus distinctionis probatio, diserte tradita est in *L.* 3. *D. de donat.* his verbis Ulpiani. Cum quid donatur ob caussam, ut erat species *L.* 2. *præcedentis*, in fin. definiendum esse generaliter, multum interesse, utrum donandi caussa fuerit, an conditio. Si caussa fuit, cessare repetitionem. Si conditio, repetitioni locum fore. Caussam vocat ex usu communi veterum caussam præteritam, quam eandem rationem ex præterito sumptam dicimus, *d. L. damus de cond. ind.* ut in specie illic proposita, do decem, quia Stichum emere vis, ut inde emas. Conditionem autem intelligit hujusmodi orationem, do, si Stichum emerit. Do, ut illud aut illud fiat, verbis scilicet solum in futurum casum et eventum conceptis, ut est conceptio conditionibus omnis, §. *sub conditione, Inst. de verb. obl.*

X. Quæ cum ita sint, non dubitabimus veram esse hanc et certi juris sententiam, quoties quid ob præteritam caussam, eamque voluntariam datum est, etsi caussa falsa sit, datum repeti non posse; nec interesse, utrum

(3) Duar. *de cond. ca. da. C.* 3. P. Fab. *ad L. cum principalis* 178. *de R. I.* Tiraq. *Tr. Cess. caussa limit.* 1. in finali seu ratiocinativa quam Græci λογικὴν αἰτίαν vocant, procedere regulam, non in ὁριστικῇ *d. L.* 1. §. 5. *d. L.* 2. §. *ult. L.* 13. *ult. de donat. int. vir. L.* 32. §. 6. *de Usuf.* et DD. plurimi quos laudat Tiraquellus. Ubi prolixe et accurate, unde liqueat caussam esse impulsivam vel finalem add. Val. Guil. Forst. 2. *Obs. succis.* 8.

datum sit ab eo, qui sciret falsam esse, an qui errans veram existimaret. Hujus sententiæ constare hanc rationem, quod quisquis cum sciret se non cogi dare, quid dedit, donare voluit. Quia donare sit, nulla necessitate coactum dare. Quod si recte dicitur, cum caussa dandi voluntaria vera est, multo magis convenit idem dici, cum fuit falsa: quia minus tenetur ad dandum, qui nullam omnino dandi caussam habuit, quam qui habuit, etsi non necessariam: is cujus negotia gesta non sunt, quam cujus gesta sunt. Quod si quid etiam amplius quærimus ad voluntatem donandi in hac specie significandam; sic mecum colligatur. Si is, qui ob supra scriptam caussam dedit, falsa caussa constituta datum nollet, prius inquireret in eam caussam, nec se conjiceret in periculum non necessariæ præstationis, cum posset id facere, et satius esset non dare, ubi caussam subesse vellet, quam post rem datam remedium quærere. Non inquisiit. Proinde et ea caussa contempta donatum voluit.

XI. Sed totum hoc sic accipiendum est, nisi appareat eum qui dedit non aliter datum velle, quam si caussa vera esset, ob quam datum est. Quod vel ex sermonibus dantis præcedentibus intelligi potest, aperte testantis, nisi id quod putat, vere factum sit, se non esse hoc animo, ut datum manere apud accipientem velit. Aut ex conceptione caussæ adjectæ, cum scilicet quis dedit non caussa et ratione reddita; sed sub conditione hoc modo: do tibi decem, si negotia mea curasti. Fingamus te non curasse. Nihil datum intelligitur. Hoc etiam in legatis hac conditione relictis placuit. *L. demonstratio*, 17. §. *pen. D. de cond. et dem.* de quo scripsimus *supra Lib.* 8. *Cap.* 14. Multo ergo magis in voluntatibus viventium, quæ non æque favorabiles sunt, ut supremæ, recipiendum est. Vis hæc est conditionis omnis in præsens aut præteritum conceptæ ut si falsa sit, statim infirmet id, quod hac conditione geritur. §. *conditiones*, *Inst. de verb. obl.* Quo casu intelligemus dominum rei hac conditione datæ, si conditio falsa fit, in accipientem non transferri. *L. qui absenti*, 38. §. 1. *D. de acq. pos.* Unde eveniet, ut qui ita dedit, si res adhuc exstet, vindicare possit ut suam, quam non transtulit. Sin pecunia, quæ data erat, consumpta sit sine dolo malo, condici poterit, id est repeti actione in personam. *Argum. in L. si ego*, 18. in fin. *D. si cert. pet.* Nam quibus ex caussis dati vindicatio est, ex iisdem caussis consumptæ pecuniæ conditio est. *L. rogasti*, 11. §. *ult. in fin. D. eod.*

CAP. XI.

De repetitione datorum ob præteritam caussam necessariam: In quo est indebiti soluti repetitio: Quæ hujus repetitiunis caussa: In hac caussa de duobus illis primis ad hanc caussam pertinentibus, Soluto, et Indebito. Quid sit solutum, quidve contineatur hoc verbo. Tum quid sit indebitum per sese, remota omni ratione personarum, cui et a quo debeatur.

Continuatio. Caussa debendi necessaria quæ. I.
Datum ob caussam necessariam, si vera sit, repeti nunquam potest. II.
Si falsa: per errorem facti solutum, ut indebitum condictione repetitur. III.
Indebiti ex superiore caussa soluti repetitio cautiones habet quatuor; et quæ illæ. IV.
In ea, ut sit aliquid solutum: *qui solutionis abusus, et quæ* soluti *verbo contineantur, explicatur.* V.
Debiti soluti nulla repetitio. VI.
Debitum quod sit, ex ipsa re, et personis, inter quas solutio peragitur, æstimandum. VII.
Re *debitum condicti solutionem impedit. Civile illud cum effectu, et naturale.* VIII.
Civile cum effectu quid. IX.
Item quid naturale. X.
Jure civili debitum dumtaxat est re ipsa indebitum, et quare. Ejus soluti est tamquam indebiti repetitio. XI. XIII.
Duo alia indebiti genera conditionem pariunt: et quæ. XII.
Interpretatio L. 40, *in princ.* D. de condict. indeb. XIV.
Exceptio perpetua per errorem soluti repetitionem habet. XV.
1. *Si sit perpetua. Et quare. Cur aliter, si ea sit temporalis.* XVI., XVII.
2. *Si ejus gratia, quo cum agitur, rei vindelicet, sit comparata: cujusmodi exceptio quæ.* XVIII.
Aditus ad cap. seq. XIX.

I. Non in eadem caussa est, si quid datum sit ob caussam, præteritam quidem, sed siquidem vera esset, necessariam. Eam autem esse dixi, debendi caussam, ubi quod solvitur, tanquam debitum solvitur: cum ex qua caussa quid debetur, ea ejusmodi sit, ut necesse sit id præstari, quod debeas. Ita nos omnis obligatio necessitate alicujus rei præstandæ adstringit, ut est definitio obligationis. *Inst. de obl.* in pr. Neque hic excipimus naturalem obligationem, cui et ipsi inest hæc necessitas jure gentium in his quæ natura debentur: si modo recte definitur: eum natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus, ut est in *L. cum amplius*, §. *is natura*, *D. de reg. jur.* Quod eo pertinere volo, ut si postea hoc tanquam vere debitum: et quod repeti non possit, statuimus, sciamus id ad eam necessitatem, quam in debito nunc ponimus, non male a nobis referri.

II. Quod ob istam caussam datum est, hæc fere juris summa est de ejus repetitione. Si caussa vera est, id est, si vere debitam quod solvebatur; nunquam repeti potest.

III. Sin caussa falsa, id est si indebitum solutum; est, cum non possit ne id quidem repeti: est cum possit. Quod cum eveniet, hinc est condictio indebiti, quæ dicitur a veteribus, de qua *Titolus D. et C.* id est indebiti soluti repetitio per actionem in personam, et specialem hanc actionem, quæ dicitur *condictio indebiti*. Quæ et sola repetitio est in iis, quæ ob caussam præteritam necessariam data sunt. Est igitur ex hac caussa indebiti soluti repetitio. Non semper, sed suis et certis conditionibus. Jus totum hac definitione brevi continetur. Quod tanquam debitum solutum est; si quidem indebitum et per errorem facti, repeti potest. Vel hoc modo: Indebiti per errorem facti soluti repetitio est jure conditionis; non aliter. Præterquam in una specie, de qua extremo loco dicetur. Prius enim jus commune, et regula statuenda est, quam ad exceptionem perveniatur. Extat autem superior definitio cum aliis in locis, tum maxime in his certo. *L.* 1. *C. de cond. ind.* §. *is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Est quidem his locis de errore comprehensum generaliter; non specialiter de errore facti. Sed hoc idem valet, ut postea suo ordine dicetur. Quod si quis totidem verbis definitionem desiderat, de omni eo generaliter, quod indebitum solutum est, expressa est in *L. si per ignorantiam, L. fideicommissum, C. de cond. indeb. L. cum quis, C. de jur. fact. ignor.*

IV. Continet hæc definitio caussam indebiti condictionis. Habetque hæc caussa suas condictiones, quarum singulæ si sepa-

ratim et distincte cognoscentur, totius cognitionem et certitudinem adferent, et simul ubi sit indebiti conditioni locus, ubi non sit, ostendent. Proinde quæ sint, et quid contineant, videndum est. Sunt igitur hæc quatuor, quæ ad indebiti repetitionem et conditionem jus desideret. Primum, ut quid solutum sit. Secundum, ut solutum indebitum. Tertium, ut solutum per errorem. Quartum, ut per errorem facti. Si quid contra erit, cessabit soluti repetitio.

V. Primum illud, ut quid solutum sit. Quo verbo statim monendi sumus nos hic absive uti. Dum spectamus, non quod vere fit, sed quod fit dantis opinione. Nam solutio re vera non est, nisi debiti solutio. *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* in pr. Nunc autem de eo agitur, qui præstat, quod non debet. Sed ideo solvere dicitur, quia se debere putans, dum hac opinione indebitum tanquam debitum præstat, se solvere existimat. Interim hanc opinionis solutionem exigimus. Soluti verbum duo continet, quæ totidem hac parte exigi intelligemus: ut quid detur scilicet re ipsa, et ut detur tanquam debitum. Dationem hoc verbum (1) exigit, quoniam solvere est naturaliter, id est re ipsa et vere dare, facere, quod debetur. *L. solutum*, 49. *D. de sol.* Quod eo pertinet, ut jam a principio hic agnoscamus, si qua hic obligatio nascitur, jam non ex conventione sola, sed ex re nasci: quandoquidem obligationis res tradita initium faciat, non sola conventio, de quo plura paulo post. Non est satis quid datum esse, ut solutum dicatur; dari oportet tanquam debitum: cum ut jam dixi, non solvatur quid, nisi quod debetur vel vere, vel opinione dantis. Hæc nota est, quæ solutionem indebiti a transactione discernit, cum quod transactionis caussa datur, non detur tanquam ante debitum, sed ob caussam futuram, nempe ut a lite discedatur. Hæc eadem nota est, quæ hanc speciem in repetitione dati a superiore specie distinguit. Nam et cum do tibi, quia debui, non minus do ob caussam præteritam, quam cum do, quia negotia mea curasti. Cur ergo ex hac specie posteriore, quanvis negotia mea non curaris, nulla repetitio est: indebito autem soluto, si non sit debitum, repetitio competit? Nempe quia illic quod datur, ob caussam præteritam datur voluntariam: hic ob caussam præteritam illam quidem, sed necessariam, quia solvitur tanquam debitum, quod vere debitum præstare necesse habeas. Ex illa qui dat, donare vult: hinc denegata dati repetitio. Ex hac qui errans solvit, minime donare intelligitur: hinc errore comperto repetitio admissa. Quam recte utrumque, superiore capite ostendimus.

VI. Secundum exigimus ad soluti repetitionem, ut sit indebitum quod solvitur. Debitum solutum quocumqoe modo vere debitum sit, repeti non potest. Nam primum quod ut debitum solvitur, datur hoc animo, ne unquam repetatur. *L. qui sic*, 55. *D. de sol.* Quare si debitum est, ut sensit, non potest adversus voluntatem et pactionem ejus repeti. Quodcumque enim pactum est, prodest reo ad exceptionem. *L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact.* *L. in bona*, *C. eod.* proinde et ad soluti retentionem, quæ superioris pacti exceptione defenditur. Tum autem qui solvit, ut maxime solvat ex caussa præterita, tamen ex parte dat ob caussam futuram; nimirum ut sequatur liberatio; dat enim sui liberandi caussa. Hæc caussa sequitur eum qui solvit debitum. Jam enim dixi solutione ejus, quod debetur; tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Certi autem juris est, quod ob caussam futuram non inhonestam datur, ejus caussa secuta cessare repetitionem. *L. 1. D. de cond. caus. dat.*

VII. Debitum duabus ex rebus æstimandum est: ex re ipsa, et ex personis eorum, inter quos res agitur. Ex re ipsa, ut sit aliquid per se debitum, quisquis id debeat, aut cuicumque debeatur. Ex personis, ut sit etiam inter eos ipsos, inter quos solutio peragitur, debitum: idest ut debeatur ei cui solvitur et debeat is, qui solvit. Quorum aliquid si desit, etiam si cætera concurrant, est indebitum quod solvitur.

VIII. Re debitum, quod valeat ad impediendam condicti solutionem duplex est. Aut enim civiliter quid debeatur cum effectu, aut naturaliter tantum.

IX. Civiliter et cum re, quod ab invito exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signific.* Id autem est, quod ex iis caussis, ex quibus obligationem jure civili nasci diximus, ita deberi cœpit, ut neque personarum conditio impediret, quominus inter eas consisteret civilis obligatio, neque exceptio ulla perpetua obstaret actioni: et quod debetur, pura aut in diem, non sub conditione. Caussæ obligationum maxime sunt illæ quatuor a Justiniano positæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. §. *ult. Inst.*

(1) Imo etsi nummi alieni, condictio est *L.* 15. §. 1. *h. t.* condicitur promissio seu cautio, *L. is qui* 31. *D. L.* 3. *C. h. t.* Duar. *h. t. C.* 2.

de obligat. Sed non statim cum omnibus personis consistit civilis obligatio. Id ubi accidat, in naturali obligatione diximus. Exceptiones quoque perpetuæ actionem removent: quæ sint, intelligi potest ex *Tit. Inst. de except.* in pr. et deinceps. Sed et quod sub conditione debetur, pendente conditione non modo peti non potest, sed ne debetur quidem. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Nam quod debetur in diem, etiam ante diem debetur; sive id natura tantum deberi placet, sive etiam jure civili. §. *in diem Inst. de verb. obl. d. L. cedere*, *D. de verb. obl.* Si quibus igitur denegetur debiti soluti repetitio, dubitari non debet, quin his maxime denegetur, a quibus jam nunc quid exigi potest, aut certum est postea exigi omnino posse. Quod et de eo, qui in diem debitor sit, diserte traditur (2) in *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.*

X. Sed non minus debetur, quod naturaliter debetur, et si exigi nunquam possit. *L.* 1. §. *ult. D. de pec. const. L. naturales*, *D. de obl. act.* Quod genus debiti atque obligationis quale esset, et quas caussas haberet, satis supra diximus in hujus generis explicatione. Unde quæ ad hunc locum facere videbuntur, poterunt assumi. Ergo et quod natura debetur, ut in aliis multis caussis, ita in repetitione soluti pro vere debito habetur, eoque nec solutum quanvis ab eo, qui se civiliter obligatum putaret, repeti potest. Sententia juris certi (3) innumeris locis tradita. *d. L. naturales*, *D. de obl. et act. L. fidejus.* 16. §. *fidejussor. D. de fidejussor. L. naturaliter*, 13. *L. si pœnæ*, 19. in pr. *L. si quod dominus*, 63. *L. frater*, 38. *D. de cond.* in *d. L. sed etsi*, 9. in fi. cum *L. quia*, *seq. D. de sen. Mac.*

XI. Est tertium quoddam genus debiti, sed quod verbo ita dicitur, re autem non est debitum, Id scilicet, quod jore civili debetur, et peti potest actione in eam rem eodem jure civili constituta, sed jure prætorio actio exceptione perpetua removetur, de quo etiam genere suo ordine supra diximus. Qui ita debet, inquam, is (4) nullo jure vere debere intelligitur. Ut traditur *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Nam ut quod pluribus illic exposuimus, liceat nobis hoc loco, cum maxime opus est, breviter attingere; qui ita debet, non debet natura, cum hac ipsa de caussa detur exceptio, quia non sit æquum reum condemnari, quæ fere caussa est omnium exceptionum proponendarum, ut declaratur *Inst. de except.* in pr. et deinceps. Id autem æquum, quod est ex jure naturali. *L. pen.* in pr. *D. de just. et jur.* Sed nec jure civili, quia quæ hoc jure competit actio, re ipsa est inutilis propter exceptionem, qua summovetur, ut profecto summota non magis proficiat, quam si omnino nulla fuisset. Ex quo regula juris, nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur.

XII. Hinc ex re ipsa duo genera indebiti, quæ eadem locum faciant repetitioni soluti. Unum genus est, cum quid omnino non debetur, idest neque jure civili, neque natura. *L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *D. de cond. ind.* Hoc quidem præcipue esse indebitum, et parere repetitionem si quod aliud, non dubitatur. Est autem id, cum aut nulla præcessit debendi caussa, puta nulla ex illis generalibus quatuor; aut præcessit quidem, sed conatu tantum, jure autem non valuit. Ut, si stipulanti quid promissum sit, sed stipulatione inutili, qualis describitur ex suis caussis *Inst. de inut. stip.* Sunt autem hæ caussæ, de quibus supra diximus, puta si vel desit justus consensus, vel non sit is finis quem oportet, vel non res, non personæ ad obligationem inducendam idoneæ. Sed et hujusmodi indebitum est, cum vere caussa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione. Jam dixi, quod sub conditione debetur, pendente conditione omnino non deberi. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Quæ res facit, ut interim per errorem solutum repetatur (5) *L. sub conditione*,

(2) Vid. Duar. *h. t. C.* 5. qui censet interusurium medii temporis repeti posse, quod refellit Rob. 1. *Sent.* 26. de quo et Gothof. ad d. *L.* 10. Nec distinguit facti, an juris errore solutum sit, vid. *infra Cap.* 14. *N.* 5.

(3) Exempla autem in *L.* 32. §. *pen. h. t.* de quo Duar. *C.* 6. *f.* 9. o. *L.* 26. §. 12. *h.* Nec, tamen omne debitum naturale hunc effectum parit, ut obligatio antidotalis, vid. *Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. pupilli non locupletioris redditi, vid. *d. L.* 12. *C.* 22. *N.* 13. Tametsi quoad remuneratoriam obligationem distinguat Tiraq. post *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 56. an aliud solutum quam quod acceptum, ubi condictio sit, an illud idem quod prius datum fuerat, et ex quo nata obligatio per *L.* 49 §. 1. vers. *propterea quod creditor de fideic.*

(4) Unde et debitor desinere dicitur exceptionem justam nactus. *L.* 66. *de R. I.* ubi vid. P. Fab. et Goed. ad *L.* 12. *de V. S.* *num.* 10.

(5) Idem est in die incerto, qui conditionem facit. Et male Cujac. 13. *Obs.* 20. et 18. *Obs.* 1. in *fin.* negatione inserta *d. L.* 16.

16. *D. de cond. ind.* Dum tamen conditionem hic intelligamus, quæ vere sit conditio, idest de qua incertum sit natura, an exsistat, necne. Nam conditio exsistens, ut loquitur Pomponius, idest ita constituta, ut certum sit natura omnimodo exstituram, veluti, dabo, cum moriar, pro die est, non pro conditione. Placetque ante solutum repeti non posse, *d. L. sub conditione*, 16. et 2. *seqq. de cond. ind.*

XIII. Alterum genus indebiti est tertium illud, quod modo ostendimus, cum quid jure civili peti potest, sed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. Parit et hoc genus indebiti repetitionem videlicet, comprehensumque est una definitione cum superiore in *d. L. si non sortem*, 26. §. *indebitum, de cond. ind.* Eadem prope definitio Papiniani, in *L. ex his omnibus*, 54. *D. eod.* his verbis: *ex his omnibus caussis, quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, conditioni locus erit.* Aliis verbis eadem sententia. Non valet caussa præcedens, quæ ex superioribus caussis est inutilis. Quo verbo intelligi oportet; multo magis idem dicendum esse cum caussa nulla omnino præcessit. Effectum non habet ea, quæ per exceptionem removetur.

XIV. Ex hoc posteriore genere maxime nata est hæc definitio *L. qui exceptionem*, 40. *D. eod.* qui exceptionem perpetuam habet, ejus caussa cum quo agitur, non in odium creditoris comparatam, solutum per errorem repetere potest. Natum hoc, inquam, ex illo priore, quod qui ita debet, ut exceptionem habeat adversus actionem, is vere omnino non debeat: ubi scilicet actio tam est inutilis, quam si omnino nulla esset, ut dixi. *d. L. nihil interest*, *L. de reg. jur.* Et quod additum est de perpetua exceptione, et quæ in odium creditoris introducta non est, additum est propter superius illud, quod de naturali debito diximus, id solutum scilicet repeti non posse. Nam et quæ exceptio perpetua non est, et quæ est in odium creditoris comparata, naturalem obligationem subesse indicat, ut mox dicemus.

Adeoque verum est eum qui talem exceptionem habeat, qualem descripsimus, solutum posse repetere, ut placeat sufficere ad caussam indebiti, et soluti repetitionem, incertum esse, an nascatur postea debitori ejusmodi aliqua perpetua exceptionis defensio. Traditum et declaratum exemplo in *L. sufficit*, 56. *D. de cond. ind.* Nempe ideo, quia ita fit, ut hoc ipsum incertum sit, an qui solvit debeat, cum si exceptio postea nata erit, certum futurum sit ex eventu, istum qui solvit, vere non debuisse, quia exceptionem habuit.

XV. Sed meminerimus in ea exceptione cui repetitionem damus, duo exigi; ut sit perpetua, et ut ne sit in odium ejus, cui debetur, constituta.

XVI. Primum ut perpetua, *d. L. qui exceptionem*, *d. L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *de condict. indeb.* Quales sunt illæ, quæ exprimuntur *Institut. de exc.* in pr. et deinceps juncto §. *appellantur*: Quod metus caussa, doli mali, pecuniæ non numeratæ, pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ. Hoc ideo, quia sunt quædam exceptiones temporales et dilatoriæ, quibus tutus quis si solverit, cessat repetitio. Talis est parti conventi, si convenerit postea, ne intra certum tempus ageretur, §. *temporales Institut. de interd.* Talis exceptio mariti, et similium personarum, ne conveniantur ultra quam facere possunt: utpote petitionem differens in id tempus, cum amplius facere poterunt. *L. unica*, §. *cum autem*, *Cod. de rei ux. act.* Ideo et qui exceptionem temporalis pacti habuit, si solvit ante tempus, non magis repetet, quam qui ab initio in diem debitor fuit, et solvit ante diem. *L. in diem*, 10. *D. de condict. indeb.* Cui similis est, et qui debet sub conditione, quam certum sit omnimodo exstituram, ut ante dixi, *d. L. sub conditione*, et 2. *seqq. eod.* Eademque ista ratione fit, quod placuit, si vel maritus, qui facere non poterat, dotem solverit, vel alius nomine mariti, utrumque in ea caussa esse, ut repetere non possit. *L. quod nomine*, 8. *L. nam et maritus*, *seq. D. de condict. ind.*

legit *die non existente*, vel *die pendente*, notatus ab A. Gent. *de Div. temp. appell.* C. 12. et A. Fab. 4. *Cons.* 20. qui *d. L.* 16. *in fi.* accipit de die plane incerto, ubi si solvatur est condictio *L.* 56. *h.* Excipitur nisi dies tempore condictionis venerit *d. l.* 16. *in fin.* ubi ratio dubitandi si tempus solutionis inspicias, certum est indebitum per errorem solutum esse. Ratio decidendi. Non solutionis, sed condictionis tempus inspici debet.

Et convenit *l. seq.* 17. Non ibi præcedentis L. exemplum, ut Cujacius. Sed confirmatio et ratio. Si eo casu quo dies, quem venturum certum est, nondum autem venit, negatur repetitio, minus concedetur, si ante diem incertum solutum sit, et dies is priusquam condiceretur extiterit. Plus namque est venisse, quam necessario venturum esse, A. Fab. *d. loc.*

XVII. Cur ergo in alia caussa est, qui habet temporalem exceptionem? Quia quisquis dilationem ad solvendum habet, quod vere debuit, sive eam habet conditione ipsa obligationis contractæ, sive postea quæsitam: et sive conventione dilatio tribuitur, sive lege: is ante diem si minus jure civili, at saltem natura debet. Hoc quidem constat, quod in diem debetur, dici simpliciter deberi. *L. cedere, D. de verb. signific. L. centesimis*, 46. in pr. *D. de verb. obl.* Quod et in cæteris similibus dilationibus intelligendum est. Esto igitur, ante diem non debeatur jure civili, ad quod solvendum dilatio data est. De quo nunc non contendo, scripsi autem ad *d. L. centesimis, de verb. obl.* At certe illud semper relinquetur, interim saltem natura debitum esse, quod ita debetur: cum si debetur necesse sit alterutro modo deberi. Jam autem diximus, quod natura debetur, solutum quovis modo repeti non posse.

XVIII. Jam et illud in exceptione, cui repetitionem soluti damus, superior definitio exigit, ut ne sit exceptio in odium creditoris comparata, sed ejus cum quo agitur gratia, id est rei, *d. L. qui exceptionem.* Nempe ideo, quod et hic qui exceptionem non sua caussa, sed in odium creditoris constitutam habet, is nihilominus natura debet: quam obligationem jam sæpe diximus, impedire indebiti condictionem. Redditur hæc ratio in *L. si pœnæ*, 19. in pr. *D. de cond. ind. L. sed si* 9. in fin. et *L. quia seq. D. de sen. Maced.* Videndum, quæ exceptiones sint reorum caussa comparatæ, non in odium creditoris. Et cum omnes debitoris defensionem contineant (sunt enim ejusmodi, quæ reum damnatione eximant, si sunt perpetuæ, vel minuant damnationem, si sint temporales. *L. antep. D. de exc.*) necesse est omnes perpetuas defendendi solum rei caussa comparatas videri, nisi aperte lege declaretur in odium creditoris dari.

XIX. Convenit hujus posterioris generi esse exceptionem senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofamilias credita, cui proterea soluti hujus crediti repetitio denegatur, *d. L. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind. d. L. sed si* in fin. et *L. seq. de Mac.* Liquet ex verbis senatusconsulti, quod exstat in *L.* 1. *D. de sen. Mac.* Nam primum illic testatur Senatus, se ad eam exceptionem dandam venisse motum improbitate et avaritia Macedonis fœneratoris, quam aversetur. Addit deinde eapere se precidere materiam peccandi, quam istiusmodi hominum improbitas in pecunia credita malis moribus præstaret. Ad extremum ut intelligeretur, quæ exceptio eo senatusconsulto datur filiisfamilias in pecunia credita, eam non in odium solius Macedonis cujus initio facta erat mentio, sed omnium fœneratorum esse constitutam, subjicitur hæc ratio in *extremo*; ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius filiifamilias nomen, id est debitum, bonum fieri posse expectata patris morte. Si qua lex aut pars juris occurret usquam ejusmodi, qua exceptionis dandæ caussa ita aperte in odium creditoris conferatur, non dubitabimus, quin exceptio sit in eadem caussa cum superiore ex *d. L. qui exceptionem.*

CAP. XII.

Unam esse exceptionem perpetuam in odium creditoris comparatam, quæ ideo indebiti quamvis per errorem soluti condictionem impediat, exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Falsum esse, quod vulgo docent, in hoc numero esse præterea duas has exceptiones, Doli, et Rei judicatæ. Declaratum id pluribus, et exposita per occasionem *L. Julianus*, 60. *D. de cond. ind.* Additum et de his, quæ debita alio modo solvuntur, quam debentur.

Una S. C. Macedoniani perpetua exceptio soluti repetitionem summovet. I.

Proponitur interpretum opinio, qui superiori annumerant exceptionem doli mali, et rei judicatæ. II.

Exceptionem doli mali primariam soluti repetitionem admittere pluribus ostenditur. Accursii et aliorum objectis occurritur. III. IV. V.

Item judicatæ rei exceptionem. VI. VII. VIII. IX.

Vera species L. Julianus 60. D. de condict. indeb. *proponitur, et illustratur.* X. et seqq.

Eamdemque superiori definitioni de rei judicatæ exceptione suffragari contrariorium refutatione ostenditur luculentissime. XI. XII. XIII.

Rerum summa, et conclusio. XIV.

Quæ perpetuam rei debitæ retentionem habent exceptiones, habent etiam soluti repetitionem. Plura id genus exempla. XV.

I. Sed an sit ulla exceptio perpetua ejusmodi præter superiorem, quæritur. Nam hæc sola proponitur in *d. L. qui exceptionem*. Sed exempli loco, mihi nulla alia præterea occurrit. Certe de nulla alia ulla in parte juris idem traditum omnino legimus. Ut si ita est, recte dicturi simus, qui aliam aliquam exceptionem perpetuam habeat, eum si solvat, solutum per errorem pariter repetiturum.

II. Et de cæteris non dubitant vulgo interpretes. Duas excipiunt, quas eodem loco cum exceptione Macedoniani habent; exceptionem doli mali, et rei judicatæ. Illam præcipue ad *L. qui se debere, D. de cond. cau. dat.* hanc ad *d. L. qui exceptionem, de cond. ind.*

III. Nos videamus, ne hæ maxime reorum caussa comparatæ sint, et ad definitionem superiorem maxime pertineant. Exceptio doli mali primaria, id est quæ cum nulla alia exceptione speciali concurrat, competit ex hac caussa, cum quis existimans, se debere, quod non debebat, id vel creditori ipsi, vel alii jussu creditoris stipulanti promisit vel stipulantis dolo inductus, vel suo ipsius errore deceptus. Veluti, si heres centum, quæ testamento legata proponebantur, promiserit legatario testamenti fidem secutus, cum ea adempta essent codicillis, qui latebant. Hic sive legatarii dolo factum est, ut heres ea centum promitteret, dum a legatario supprimentur codicilli, sive utriusque justo errore id accidit, dum codicilli ab utroque ignorantur: nihilominus utroque casu subtilitate juris obligatur ex stipulatione heres; sed ei doli exceptio competit. *L. si quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl. Inst. de exc.* in pr. Quid si heres quo errore primum ista promisit, in eodem etiam postea perseverans ex stipulatione solverit? Negant vulgo eum repetere posse. Quia exceptio doli, qua se tueri potuit, sit odiosa; odiosam negant tribuere repetitionem. *d. L. qui exceptionem, de cond. ind.* Ajo repetere posse, quod est verissimum. Et quidem in ipsissima specie superiore diserte responsum est in *L. qui se debere. D. de cond. caus. dat.* Quesitum est, inquit Julianus, utrum promissor posset repetere eam pecuniam, quam dedisset. *Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam putasset, debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum.* Quo quid apertius? Sed hic Accursius et reliqui argutantur. Quia enim in specie *d. L. qui se debere* agitur de eo, qui suo errore, non adversari dolo deceptus promisit: fatentur exceptionem doli, quæ inde nascatur, parere repetitionem soluti, ut cæteras: sed eam se intelligere dicunt, quæ competat ei, qui promiserit dolo adversarii deceptus. Qui hanc habeat, solutum non posse repetere; quia sit exceptio odiosa. Ridiculum: quasi ea exceptio doli, quæ in re ipsa decepto competit, non æque nascatur ex dolo adversarii; quæ non alia de caussa competit, quam quod qui petit ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit, ut diserte scriptum est in *d. L. si quis cum aliter*, in fin. *D. de verb. obl. L.* 2. §. *circa, D. de dol. exc.* Et rogo, unde dicitur doli exceptio, nisi ex dolo adversarii, cui opponitur?

Illud etiam ineptius, quod in priore exceptione repetitionem soluti admittunt, in posteriore denegant; cum priore illo admisso, multo magis admittendum fuerit posterius. Nam si ei, qui suo errore solum deceptus promisit, competit soluti repetitio, quia id fieri æquum est: quanto æquius et verius est competere ei, qui ultro etiam adversarii dolo inductus id fecit? Sic enim duplex caussa citius ei dederit repetitionem, ipsius error, et adversarii machinatio. Et præterea minus culpæ est in eo, qui ab adversario decipitur, quam qui suo ipsius errore. Nam errorem nostrum, qui ex re ipsa nascatur, vitare aliquando possumus diligentia nostra, puta diligenter istrumenta hereditaria asservando, ut ne codicilli, et si quid est ad testamentum pertinens, excidat: tum in res hereditarias diligenter inquirendo. Alienum autem dolum, puta ejus, qui codicillos interverterit et celet, vitare non possumus.

IV. Sed etsi deesset superioris loci auctoritas, tamen non dubiis argumentis probari potest, exceptionem doli, eam ipsam quæ decepto adversario competit, pertinere ad definitionem *L. qui exceptionem*, ut scilicet qui eam habeat, possit perperam solutum repetere. Tribuitur ea definitione hæc repetitio ei exceptioni, quæ ejus cum quo agitur caussa datur. At talis est doli mali exceptio etiam adversus eum, qui decepit. Diserte traditum, *Inst. de exc.* in pr. Proinde ex ea definitione hæc exceptio repetitionem dabit. Ejusdem definitionis et illud est omnem exceptionem perpetuam repetitionem soluti tribuere, si non est prodita in odium ejus, cui debetur. At ex hac quoque parte et exceptioni doli repetitionem dabimus. Errat enim valde, si quis hanc exceptionem in odium creditoris, ac non ob favorem rei et caussæ comparatam existimat. Sic enim statuendum est, eam demum exceptionem in odium creditoris comparatam intelligendam esse, quam reus ita habet, ut tamen naturaliter obligetur, ac nihilominus placeat legi cum exceptione tutum esse. Neque alia caussa est, quæ in istiusmodi exceptione impediat soluti repetitionem, quam naturalis obligatio, quæ huic exceptioni adjuncta est. Quod et diserte traditur in *L. si pœnæ*, 19. in pr. *D. de cond. ind. L. sed si* 9. in fin. *L. seq. D. de sen. Mac.* At qui cum non debeat, promisit, circumventus, atque hinc exceptionem doli habet adversus dolum adversarii, is minime omnium natura debet. Quid enim magis contra naturæ æquitatem quam decipienti dolum suum prodesse, decepto nocere; qui sine dolo non debebat? Et ideo qui ita promisit, dicitur subtilitate juris esse obligatus, in *d. L. si quis cum aliter de verb. obl.* ut intelligamus subtilitate juris sola obligatum, non natura. Subtilitas enim juris benignitati et æquitati, seu aequo et bono opponitur. *L. si tibi pecuniam*, 20. in fin. *D. si cert. pet. L. filio, D. de injust. rupt.* Id autem ut superiore capite diximus, æquum et bonum, quod natura seu jure naturali tale est. *L. pen. D. de just. et jur.* Sed et dicitur doli exceptio comparata, non tantum ne cui dolus suus prosit per occasionem juris civilis summi, sed ne prosit contra naturalem æquitatem. *L. 1. D. de dol. exc.* Petit ergo contra naturalem æquitatem, qui a decepto promissore petit. Quod sane non alia de caussa id ita facere dicitur, quam quod deceptus promissor naturali æquitate defenditur, ne solvat, quam æquitatem actor petendo oppugnat. Non ergo hic promissor natura debuit. Quapropter non est hæc exceptio in odium, seu pœnæ creditoris caussa comparata, sed propter rem et caussam ipsam, quia scilicet in re est, ut reus vere et secundum naturam non debuerit.

V. Moventur tamen hoc argumento, quod dicant doli exceptionem esse odiosam: traditum sit autem in *d. L. qui exceptionem, de cond. ind.* odiosas exceptiones non tribuere soluti repetitionem. Et si hoc posterius non convenit verbis *d. L. qui exceptionem*, tamen concedamus. At illud nequaquam verum est, exceptionem doli esse odiosam. Nam si intelligunt odiosam, quæ in odium creditoris comparata sit, quibus verbis utitur *d. L. qui exceptionem*, jam satis ostendimus falsum esse. Sit sane dolus actoris qui reum decepit, odio dignus. Sed manifestus hic error est, si quis ex eo colligit exceptionem doli esse odiosam. Immo contra, si dolus turpis est, et non ferendus, dignum laude est et benevolentia, quidquid dolum oppugnat. Quod si intelligunt odiosam exceptionem eam, quæ non sit favorabilis, primum nihil eos adjuvat *L. qui exceptionem*, in qua definitio non est de exceptione non favorabili, sed de ea quæ comparata sit in odium. Deinde non minus et hoc per se falsum est, exceptionem doli non esse favorabilem. Nulla est enim sententia juris certior, quam hæc, deceptis non decipientibus jura opitulari. *L. 2. §. 1. D. ad Vell.* Opitulari autem alicui, et aliquem auxilio dignum putare, nihil aliud est, quam ei favere, putare favore dignum. Ut apud Ovidium:

..... *Simplicitas digna favore fuit.*

Idest digna auxilio. Unde rei dicti favorabi-

liores, quam actores, *L. favorabiliores, D. de reg. jur.* pro eo quod est, majore et propensiore auxilio dignos esse, quia laborant, et id agitur, ut liberentur. *L. Arrianus, D. de obligat. et act.* Ex quo illud Quintiliani, *Naturalis est pro laborantibus favor.* Id est naturalis propensio ad auxilium ferendum iis, qui laborant, In quo numero sunt rei. Quocirca omnia concurrunt, quæ evincant exceptionem doli mali maxime esse ex earum genere, quæ comparatæ sunt rei tuendi caussa ob id quod natura non debeat. Proinde qui eam exceptionem habeat, si per errorem solverit, solutum repetere posse.

VI. Quod attinet ad exceptionem (1) rei judicatæ, nihil verius, quam hanc præcipue in eadem caussa haberi oportere. Rei caussa comparatam esse constat. Nam cum Justinianus initio *Tit. Inst. de except.* proponat exceptiones defendendorum reorum caussa comparatas esse eas, quas subjicit, inter cæteras perpetuas enumerat exceptionem rei judicatæ. *§. item si.* Sed ita hanc rei defendendi caussa comparatam esse quis dixerit, ut sit primo in odium actoris comparata. Hoc vero de hac exceptione nullo modo dici potest. Eam enim demum exceptionem in odium creditoris comparatam esse vere dixeris, quæ comparata est pœnæ caussa, ut cum reus debeat, tamen creditor exceptione repellatur. *L. si pœna,* in pr. *de cond. ind.* Nulla porro pœna aut coercitio, ubi nullum delictum; quia pœna nihil nisi delicti coercitio est. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Quid autem actor deliquit judicio agendo, etiam si victus sit? fieri potest, ut jure egerit, et victus sit tamen imperitia aut iniquitate judicis. Et ut forte illi debitum nihil fuerit, fieri tamen potest, ut putaverit deberi. In quo errore nihil delinquit, qui propter metum periculi incerti noluit indefensum jus suum relinquere. *arg. in L. illud, D. de her. pet.* Quapropter in odium actoris cumparata esse hæc exceptio dici omnino non potest. Quod si utrumque concurrit, ut rei defendendi caussa comparata sit, nullo autem modo in odium creditoris, plusquam manifestum est pertinere eam ad definitionem *d. L. qui exceptionem,* ut scilicet qui eam habeat, dicendum sit eum perperam solutum, ut indebitum jure repetiturum. Plus dicimus, si tribuitur hæc soluti repetitio aliis exceptionibus perpetuis; bis caussam esse cur tribuatur exceptioni rei judicatæ. Nam cæteræ ut maxime comparatæ sint reorum caussa; in his tamen nihil amplius versatur, quam utilitas privatorum id agentium, ut exceptione patrimonium suum teantur. In exceptione autem rei judicatæ, ut hæc serventur, non tautum agitur utilitas privata ejus, qui absolutus est, sed etiam publica. Publice enim interest res judicatas ad suum cuique recte tribuendum et lites finiendas exitum habere. *L. servo,* 65. *§. cum prætor D. ad Trebell.*

VII. Quæ cum ita sint, evidentem aliquam rationem esse oportuit, cur hanc vulgo putarent eximendam aliorum numero, vel potius superiorem definitionem in hac exceptione non sequendam. Nunc autem quam rationem adferunt? Hanc videlicet exceptionem rei judicatæ inductam esse juris rigoris servandi caussa. Et hoc ideo, quia sæpe absolvatur, qui debeat. At hæc ratio plane eos oppugnat. Demus enim reum jure absolutum, quia et re vera non debuerit. Nonne consequens est eorum ratione hunc solventem posse repetere? Omnino. Et vero quid dici potest, cur hic solutum non possit repetere, qui nec ante; nec post sententiam debuit? At fieri potest, inquiunt, ut debuerit qui est absolutus. Fieri potest: sed fit interdum, non semper. Cur ergo generaliter definiunt de omni hac exceptione, quod ad omnem non pertinet? Ego autem doceo, ex hac ipsa istorum sententia, omnem, qui absolutus solvit, semper posse solutum repetere. Fatentur, si quis absolutus sit, qui et non debuerit æquum esse, ut solutum repetat. Atqui omnis qui absolutus est, perinde habetur post rem judicatam, quasi non deberet. Res enim judicata inter eos, inter quos res acta est, pro veritate accipitur. *L. res judicata, D. de reg. jur.* Sit ergo omni absoluto, qui postea solvit, repetitio soluti, tanquam qui non debitum solverit.

VIII. Etiam si hoc absolute et perpetuo verum non sit, tamen omnes concedent tam-

(1) In quo DD. accedit Duar. *h. t. C. f.* 908. per *L. judex* 28. *h. tit.* quam noster præterit, et *C.* 6. *f.* 910. Sed facilis Resp. Ibi solvit sua sponte sciens et bonam fidem agnoscens. Hic quæritur de eo, qui ignorans vel ex errore solverit. Diss. et Pac. 4. Q. 11. Hortens. *ad L.* 13. §. 4. *de pig.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 33. *et seq.* ita: Si sententia absolutoria juxta solvens deinde errore repetit. Quod quinque rationibus non necessariis firmat, cum dubio omni careat. Sin injusta, quia vere debuit, non repetit, per *d. L.* 28. *d. L.* 60. *h. t.* Distinguit tamen hoc posteriore casu inter errorem facti, quo si solverit absolutus injuste repetat, et juris quo non item. Atque sic in effectu cum Donelli nostri sententia conveniunt. Hoc interest quod alias Vasquez putat cum DD. vulgo regulariter quemvis, etiam juris, errorem conditioni caussam dare.

diu huic judicio standum esse, donec contrarium probetur. At hoc adversus eum, qui absolutus est, probari nunquam potest. Nam si actor, qui solutom a reo absoluto errante acceperat, dum solutum repetitur, dicat absoluto; repetere non potes: vere enim debuisti, et probare paratus sum: non audietur. Certi enim juris est, post rem judicatam nihil amplius quæri inter easdem personas, quam an judicatum sit. *L. post rem*, 56. *D. de re jud.* Sic fit, ut qui semper pro eo habetur, quasi non deberet, vel istorum sententia repetere possit solutum, tanquam non debuerit. Dicant nunc, si videtur, hoc rigide constitutum esse, quia possit, qui absolutus est, natura debere. At certe hic rigor in eo erit, quod constitutum est actorem semel victum non posse de eadem re iterum controversiam movere, nec admitti ad contrarium probandum. Hoc autem semel posito reum non debere, aut certo ita certo haberi, quasi non debeat, quod ex priore illu sequitur: fatendum est non jam rigore fieri, sed juris certi ratione, quæ infirmari non potest, ut qui ita solvit, qui solvit indebitum, possit repetere. Tollant ergo prius rigorem illum, quem dicunt rei judicatæ omnimodo servandæ, sic deinde quod dicunt de debito, poterit recipi. Quod si illam vim rei judicatæ concedunt omnes, nec quisquam est, qui refragetur: sciant hoc admissu, etiam illud quod sequitur, admitti necesse esse, dum scilicet qui absolutus est, pro non debitore esse habendum, atque hoc posito, etiam indebiti soluti repetionem habere.

IX. Et quæso, cur hanc vim potius repudient in exceptione rei judicatæ, quam in exceptione jurisjurandi? Fatentur, si quis deferente adversario jurasset se non debere, huic sic competere exceptionem jurisjurandi, ut si quis idem solverit per errorem hujus exceptionis ignarus, puta jurantis heres, aut fidejussor, soluta pecunia repeti possit. *L. si quis jurasset*, 43. *D. de cond. ind.* At is non minus falso jurare potest se non debere, quam reus sententia judicis falso pronuntiari non debere. Cur ergo in exceptione jurisjurandi admittant potius soluti repetitionem? Si vere uterque non debet, qui juravit, et qui est absolutus; cur non utrique pariter datur indebiti soluti repetitio? Si pariter uterque falso dictus est non debere, cur juranti potius detur, quam absoluto? Ratio vero differentiæ reddi omnino non potest, nisi quod in exceptione rei judicatæ major est, cur huic repetitio tribuatur, quam exceptioni jurisjurandi: cum in hac servanda privata solum utilitas: in illa etiam publica versetur, ut dixi. Dicent jusjurandum servari propter conventionem *L. sed etsi*, 25 *L. qui jurasse*, seq. §. *ult. D. de jur.* Vel hac ipsa admittant servandam inter litigatores rem judicatam. Nam et in judicio accipiendo conventio mutua interponi intelligitur, ut reus solvat, si condemnatus erit: si absolutus, ne ab eo petatur. Unde actori etiam ipsi actio judicati, quæ contrahi dicitur at stipulatione. *L.* 3. §. *idem scribit. D. de pecul.*

X. Cur ergo laboramus in re, ut videtur, tam aperta, aut quomodo illi in re ita aperta tam fœde labi potuerunt? Non defuit errandi caussa, quæ illis objecta est ex *L. Julianus*, 60. *D. de cond. ind.* ubi duo hæc leguntur, eum qui absolutus est, ac propterea exceptionem rei judicatæ habet, solutum repetere non posse, et præterea absolutum natura debitorem permanere. Sed responsum tam ad id, de quo agitur, nihil pertinet, ut nihil sit alienius, nec quidquam magis sententiam nostram superiorem confirmet: si tamen recte intelligitur. Quod ut fiat, plenius proponam. Id enim postulat loci nonnulla obscuritas, quæ etiam doctissimos tenuit Species facti hæc. Cum vero debitore judicio agi cœperat. Quo mortuo ejus heres, idemque verus debitor, ut qui successisset in æs alienum defuncti, cum interpellaretur a creditore de eodem debito, ignorans judicii cum defuncto suscepti, veris vel instrumentis; vel testibus victus bonam fidem agnovit, et solvit (2) pendente adhuc judicio. Quæ ideo in herede, et judicii instituti ignaro fingimus, ut procedat quærere, quod sequitur in quæstione, an possit hic verus debitor, quod ita solvit, repetere. Nam in eo, qui sciret se ex judicii caussa exceptionem habere, aut habere posse, inepte hoc quæreretur, cum certi juris sit eum qui sciens se exceptione tutum, solvat, repetere non posse. *L. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *D. de cond. ind.* Solvit ergo verus debitor pendente judicio: per errorem tamen: proinde et judicii ignarus, quod contingere potest heredi. Comperit postea is heres, idemque debitor judicium de ea re fuisse cœptum, et judicium etiam nunc pendere. Hic ex pœnitentia

(2) Greg. Lopes. *Animadv. C.* 14. *n.* 2. solvisse hic debitorem post litem contestatam, sed ante sententiam, nihilque magis litteræ contrarium, quam quod DD. contendunt, solvisse post sententiam etc.

condicere vult solutum. Quæstio, an possit. Sed cur dubitatur? quæret aliquis. Proponimus enim verum debitorem solvisse: nempe quod debebat. Indebiti autem solum fatemur esse repetitionem, non etiam debiti. Dubitandi caussa ex eo, quod supra delinivimus, non solum eum habere soluti repetitionem, qui exceptionem perpetuam habuit, cum solveret, sed etiam eum, de quo incertum est, an eam exceptionem nancisceretur postea. *L. sufficit*, 56. *D. de cond. ind.* Id quidem in proposito contingere posse videtur ei, qui pendente judicio solvit. Etsi enim verus debitor est, potuit tamen postea absolvi vel injuria judicis, quanvis non ideo absolveretur, quia solvisset. Absolutus consequeretur exceptionem rei judicatæ, quæ reis absolutis datur. Hinc quæstio, an propter incertum hujus exceptionis, soluti repetitio pendente judicio danda sit. Paulus de sententia Juliani respondet verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio solventem repetere non posse. Non obstare, quod possit postea absolvi. Nam nec absolutum, nec condemnatum repetere posse. Condemnatum non posse constat: nec de eo nunc quæritur. Sed nec absolutus potest; quia inquit, licet sit absolutus, tamen natura debitor permanet. Quo significat ei in id tempus, qoo solvit, exceptionem rei judicatæ prodesse non posse, vel potius in id tempus nullam esse. Sic fit, ut verus iste debitor pendente judicio solvens, ideo non repetat, quia in omnem eventum debitor maneat; manet enim, sive sit condemnatus, sive absolutus. Unde bene eum similem esse dicit ei, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit. Nam et hic in omnem eventum debiturus est: *L. necessario*, §. *pen. D. de peric. et com. rei vend.* Et ut subjicit Paulus, *quia ex una caussa alterius solutionis origo proficiscitur.* Ex una caussa, intellige remota et deficiente. Alterius solutionis origo sic accipe, solutionis origo ex altera caussa. Ut sit sensus, quia ex una caussa deficiente incidimus in alteram, ex qua necesse est deberi, et solvi, quod debetur. Vel apertius, quia cum ex una caussa desiit deberi, continuo ex altera contraria deberi incipit.

XI. Hæc responsi breviter sententia est. In quo interim apparet duo illa statui, quæ dixi. Eum qui absolutus sit, solutum repetere non posse; et præterea cum qui sit absolutus, natura debitorem manere. Utrumque ut videtur ei sententiæ, quam posuimus, plane contrarium. Et ut de eo jam respondeam, esset utrumque contrarium, si diceretur de eo reo, de quo agimus. Nunc autem dicitur, utrumque de eo, in quo omnia sunt contraria. Responsum est de vero debitore. Verus debitor si solvit, non repetit. Non mirum: nulla enim debiti soluti repetitio est, sed solum indebiti. Id quod etiam supra statuimus. Nos loquimur de eo, qui debitor non est, quia exceptionem habet, qua tutus perinde non tenetur, quasi omnino non deberet. *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Responsum est de vero debitore, qui pendente judicio solvit. Non mirum, si hic non repetit. Solvit enim non solum verus debitor, sed et qui exceptionem rei judicatæ non haberet. Nondum enim erat absolutus. Nos loquimur de eo reo, qui absolutus solvit, id est qui absolutus exceptionem rei judicatæ habuit jam tum, cum solvebat. Merito hic solutum repetit, quia prius non debuit propter exceptionem perpetuam jam ante quæsitam. Non obstat, quod verus debitor pendente judicio solvens potest postea nancisci exceptionem rei judicatæ, quia absolvi potest. Nam hæc exceptio constituta illi esse potest pro eo tempore, quod secutum est sententiam. Per sententiam enim primum factum est, ut res judicaretur, unde hæc exceptio. At nulla esse potest de eo facto, quod sententiam antecessit, quia tunc absolutus non fuit. Neque sententia sequens mutavit conditionem illius temporis. Nam ut est in *responso*, ante sententiam qui solvit, verus debitor fuit. Verus debitor licet sit absolutus, natura tamen debitor permanet: id est manet idem, qui prius fuerat. Hoc recte: quippe affirmatio aut negatio judicis pronuntiantis aliquem non debere, qui debebat, veritatem rerum mutare non potuit. *L. assumptio, D. ad munic.* Ex quo intelligitur ne hoc quidem quidqnam adversari, quod dicitur eum qui absolutus est, natura debitorem manere. Recte enim dicitur de vero debitore, qui ante sententiam solvit: de vero, inquam, id est de eo, quem et talem esse constabat vel ipsius confessione, quæ tum fuit, vel certis aliis probationibus. Nihil enim interest, utrum quid non sit, an cum sit re vera, et secundum naturam, tamen ita esse non probetur. *arg. in L. duo sunt, D. de test. tut.* De eo debitore, inquam, recte dicitur, hunc permanere debitorem, qui antea fuisset. At de eo dici nullo modo potest, qui absolutus solvit, de quo nunc agimus. Hic enim ante sententiam debitor non fuit. Certe de eo non constitit, et quod amplius est, nec unquam deinceps potest constare. Ante non fuisse

reum habitum pro debitore res loquitur. Ideo enim litigabat, quod negaret se debere. Hanc ejus affirmationem non mutavit sententia sequens, sed confirmavit; absolutus est enim tanquam non deberet. Cumque hactenus pro debitore habitus non sit: tum vero nec deinceps potest constare ipsum aliquando ante rem judicatam debitorem fuisse. Nam si actor, a quo solutum repetitur, dicat eum qui repetit, vere debuisse, et se paratum probare; nun est audiendus. Huic enim obstat exceptio rei judicatæ, in qua solum hoc quæritur, an judicatum sit, omissa quæstione, utrum reus jure, an injuria sit absolutus, *d. L. post rem, D. de re jud.* Hæc cum ita dicantur de rebus et personis contrariis, non modo non pugnant inter se, sed etiam inter se ita consentiunt, ut mutuo sibi adstruant fidem, id est ita unum verum sit, ut continuo necesse sit, verum esse et alterum. Nam qui dicit verum debitorem repetere non posse, idem hoc ipso confirmat, si quis cum debitor nun esset, solverit, posse repetere. Item qui dicit eum qui pendente judiciu solvit, quia exceptionem rei judicatæ nun habebat, repetere non posse: idem contraria de caussa hoc dicere intelligitur, si quis absolutus solvat, quia exceptione rei judicatæ munitus esset, repetitionem habiturum.

XII. Confirmatur igitur responso *L. Julianus, de cond. ind.* ut si qua alia re maxime, id quod supra posui de exceptione rei judicatæ, non infirmatur. Atque hæc ita sunt extra dubitationem, si constet, quæ ibi dicuntur de eo qui absolutus est, dici de vero debitore. Sed hic subsistunt vulgo interpretes, atque hinc erroris caussa. Putant enim hæc verba, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset, non deberi referri ad verum debitorem, qui pendente judicio solvit, de quo propositum erat, sed mutata oratione referri ad eum, qui ante sententiam nun solvisset. Moti sunt, ut id dicerent, hac objectione. Apparet superiorem rationem non pertinere nisi ad eum, qui absolvi potest et condemnari. At verus debitor pendente judicio solvens condemnari non potest. Sic enim traditur in *§. ult. Inst. de perp. et temp. act.* si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, absolvi eum debere, licet in ea caussa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet. Ita necesse est referri ad eos, qui absoluti solverunt, ut etiam hi solutum repetere non possint. Ac si quis roget, quid hoc ad rem, cum quæstio posita sit de vero debitore, qui pendente judicio solvit, respondent in eo inesse argumentum a majori. Nam si nec is qui absolutus solvit: repetit: multo minus repetet verus debitor, qui pendente judicio, id est nondum absolutus solvit. Et de objectiune postea. Ante hoc statuendum arbitror, diligenter nobis cavendum esse, ne unquam concesserimus rationes a Paulo subjectas in superiore responsio ad alium quam ad verum debitorem referri. Atque adeo nec possumus. Quominus possimus, duo prohibent. Primum ratio recti sermonis. Hæc enim verba, *absolutus et condemnatus*, sunt adjectiva, ut Grammatici docent, quæ non possunt in oratione consistere, nisi alicui substantivo adjungantur. In superiore autem responso nullum est substantivum, cui applicentur nisi verus debitor, de quo præcesserat sermo. Non possunt igitur ad alium referri. Sic enim verba sunt; *Julianus verum debitorem post litem contestatam manente judicio negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset.* Quis hic nec absolutus, nec condemnatus? Nempe is de quo propositio præcesserat, cujus propositionis probandæ caussa hæc ratio subjicitur: verus debitor scilicet. Quod si de omni reo superiora scripta essent, ita loqui oportuisset, quia nec absolutus quis, nec condemnatus repetere posset. Nunc autem simpliciter dicitur sine adjectione ullius novæ personæ, *quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset.* Prohibet præterea ratio altera Pauli subjecta. *Licet enim*, inquit, *absolutus sit* (ubi rursum absolutum de eodem dicit, de quo prius locutus erat) *natura tamen debitor permanet.* Nemo permanet debitor, post rem judicatam, nisi qui ante verus debitor fuit. Dici autem ante fuisse is potest, quem ante talem esse constitit. Et qui idem nondum absolutus solvit. Quia enim cum solvebat, non habebat exceptionem rei judicatæ, non potest ei quanvis absoluto postea exceptio rei judicatæ sic acquiri, ut actori obstet dicenti in præteritum eum qui solvebat, tunc verum debitorem fuisse. At hoc de eo, qui absolutus solvit, dici in universum non potest, ut hic videmus generalem esse orationem. Quid enim, an necesse est omnem reum qui absolutus est, ante rem judicatam debitorem fuisse, ut sic dicatur et postea debitor permanere? Et an non potest quis jure absolvi, quia vere non debuerit? Plus dicimus; de eo qui absolutus est, ante rem judicatam debitorem fuisse, dici omninu non posse, hunc natura debitorem permanere. Quomodo enim permanere debitorem dixeris, nisi ante probetur

debitor fuisse? At neque de eo constitit prius, cum fuerit absolutus; et jam effectum est, id deinceps probari non posse adversus eum, adversus quem propter exceptionem rei judicatæ illi partam nihil quæratur amplius, quam an judicatum sit. *d. L. post rem, D. de re jud.* Sic fit omnino, ut quamvis hic centum objectiones starent adversus sententiam Pauli initio positam in *d. L. Julianus.* Tamen utraque ratio subjecta ita scripta et concepta sit, ut non possit ad alium, quam ad verum debitorem referri, et eum qui pendente judicio solverit.

XIII. Nunc de objectione respondebo. Non est verum, cur propter eam objectionem mutemus superiorem sententiam, vel si per verba Pauli liceret. Ait Justinianus in *d. §. ult. de perp. et temp. act.* eum qui satisfecit actori pendente judicio, absolvi, non condemnari debere. Nihil hoc ad eum debitorem, de quo nunc agimus. Solvit is quidem primo, sed non satisfecit, quia non vult hanc solutionem ratam esse, sed solutum ut indebitum revocat. Unde quæsitum, an possit repetere. Præterea quod dicitur, eum qui pendente judicio satisfecit actori, absolvi debere; sic intelligendum est, si modo hanc solutionem alleget judici, et eo nomine postulet se absolvi. Quod si nihil alleget hujusmodi, et litem prosequens velit sententiam ferri, ut accidere solet his qui pecunias ita solutas cupiunt repetere: dubitandum non est, quin ut absolvi potest a judice, sic possit et condemnari, si caussa postulare videbitur. Est enim officium judicis, non divinare quæ gesta sunt inter litigatores, quod nec potest, sed fidem eorum, quæ in lite probata sunt, sequi. *L. illicitas, §. veritas, D. de off. præs.* Stet igitur hæc sententia, in *L. Julianus, 60. de cond. ind.* non modo repetitionem soluti non denegari ei, qui solvit jam absolutus, sed maxime hanc repetitionem illi confirmari; cum eo responso hæc repetitio solum adimatur ei, qui verus debitor eum esset, etiam pendente judicio solvit. Quo tempore ut absolutus non erat, sic nec exceptionem rei judicatæ habuit. Quæ omnia certa sunt in eo, qui absolutus solvit; ut qui nec ante convictus fuerit debuisse, et post rem judicatam nactus sit eam exceptionem, qua fit, ut nec debeat in præsentia, nec probari possit in præteritum debuisse.

XIV. Summa sit de indebito, quod plane non debeatur, de quo nunc quærimus: re indebitum esse id cujus soluti nomine non sit repetitio, non id tantum, quod quis nullo jure debeat, sed etiam quod ita debeat jure civili, ut propter aliquam exceptionem perpetuam, quam habeat, peti non possit. *d. L. si non sortem, §. interdum, de cond. ind.* Proinde qui hanc habeat, per errorem solutum repetere posse. *d. L. qui exceptionem, eod.* præterquam si exceptio erit pœnæ caussa, seu in odium creditoris caussa constituta. *L. si pœnæ,* in pr. *d. L. qui exceptionem, eod.* Scilicet quia qui ejusmodi exceptionem habet, debet natura. Quod genus debiti sufficit ad inhibendam indebiti condictionem. *d. L. si pœnæ, eod. L. sed si,* in fin. et seq. *D. de sen. Mac.* Hujus generis exceptionem esse senatusconsulti Macedoniani. *d. L. qui exceptionem. d. L. sed si* in fin. Mihi unam hanc occurrere hujus generis. Cæteras perpetuas in ea caussa esse videri, ut quoniam sint solum comparatæ reorum caussa, non in odium creditoris. si quis unam aliquam ex his habeat, et per errorem solverit, possit solutum repetere. In eo numero maxime præter cæteras haberi debere duas, quæ magno et certo errore excipiuntur vulgo ab interpretibus, exceptionem doli mali, et exceptionem rei judicatæ. Quod de utraque non dubiis argumentis planum fecimus.

XV. Illud hoc loco monendi sumus, istius generis perpetuas exceptiones habendas esse, non tantum quæ competunt ad plenam liberationem obligationis, sed etiam quæ sunt ad rei debitæ perpetuam retentionem, quandiu non præstetur reo, quod illi in ea re a creditore ante traditionem præstari debuit. Unde et in his receptum est, ut si reus, omissa per errorem hujus præstationis quæstione, rem debitam solvat, possit rem condicere quasi non eo modo debitam, ut solvit, ut sibi præstetur illud, quod prius præstari debuerat. Exempla hæc sunt. Cum fundum ex caussa venditionis ita deberem, ut in tradendo deberem prius excipere iter, liberum et non imposita servitute fundum per errorem tradidi. Incerti condicam, ut iter mihi concedatur. *L. sed etsi, 22. §. ult. D. de cond. ind. d. L. si tibi, 8. D. de act. empt.* Condicam, nempe fundum, quem non debui liberum, et quem per exceptionem retinere potui, donec mihi iter exceptum esset. Condicam incerti, id est condictione indebiti, quæ et ipsa in hac specie incerti est. Potest enim emptor conventus fundum retradere venditori, ut servitutem imponat. Potest etiam ipse emptor imponere, ut venditori eitius satisfaciat. Utrum autem horum faciat, incertum. Et ut horum nihil præstet, quod et ipsum fieri potest; tamen

res ad eandem incertitudinem redit. Nulla enim hic adversus non præstantem alia condemnatio est, quam in id quod interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* Ejus autem quod interest, æstimatio incerta, *d. L. si quis ab alio*, in pr. *L. si pœnam* 68. *D. de verb. obl.* Est et in hac specie actio ex vendito *L. si binarum*, *D. de servit. urb. præd.* Differunt tamen horum actionum intentiones. Nam ex vendito in id competere videtur, ut emptor ipse servitutem imponat, quod illum ex bona fide præstare oportet. Condictio repetit ipsum fundum ad servitutem ab ipso venditore imponendam. Aliud exemplum: Heres cum fideicommissum deberet ita, ut satisdationem a fideicommissario exigere posset, et ut Marcianus loquitur, a fideicommissario posset sibi cavere, cautione non exacta, fideicommissum solvit. Rescriptum est eum quasi indebitum plus debito solutum repetere posse, ut ei caveatur. *L. si quis cum*, 39. *D. de cond. ind.* In hac caussa fideicommissum esse solet, cum legata quædam testamento relicta sunt sub conditione, quorum conditio si exsistat, futurum sit, ut legata dodrantem excedant. Hic si quædam pure relicta sint, præstantur illa quidem præsenti die; sed propter metum futuri periculi cautione prius a legatario exacta, fore, ut quod amplius, quam per legem Falcidiam licet, legatarius ceperit, id se restituturum. *L. is cui*, *D. ad leg. Falc. L.* 1. *D. si cui plus quam per leg. Falc. lic.* Ejusdem rei exemplum et hoc, si is qui hereditatem vendit, et emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit. Ubi placuit etiam venditorem repetere traditum per condictionem posse, quasi plus debito solutum. *L. si is qui*, 45. *D. de cond. ind.* Habuit enim venditor ab initio hujus debiti exactionem per hereditatis retentionem. *L.* 2. *§. ult. D. de her. vel. act. vend.* Aliud ejusdem rei. Heres qui insulam legatam, eandemque exustam ante diem legati cedentem suis sumptibus refecerat, eam sumptibus non deductis restituit. Visum est hunc quoque posse incerti condicere (nempe insulam, ut sumptus retineat) quasi plus debito dederit. *d. L. qui exceptionem*, 40. *§.* 1. *D. de cond. ind.* At enim insulam omnino debebat heres. Quinimmo et solum fuit legatarii. et quod solo impositum est, soli conditionem sequitur. *L. Paulus*, *§. domus*, *D. de pignor. L. si rem*, *§. aream*, *D. de solut.* Sed hac lege debuit heres restituere, si sibi impensæ refecti operis præstarentur; ut hoc minus debere videatur. Et hoc de herede recte respondetur in area legata ante diem legati cedentem ædificante, quia tantisper ædificat in sua. Sic enim verum est fideicommissarium et aream et ædificium in ea positum ab herede obligato accipere. Diversum (3) est, si quis cum in aliena area ædificasset, eam restituat non deductis impensis. Negat Julianus hic condictionem locum habere in *L. si in area*, *D. de cond. ind.* hac ratione, quod qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit. Qui autem ædificium in area sua ab alio positum occupat, nullum negotium contrahit. Quippe ædificium ab area sua accipit, non a possessore. *L. si quis sciens*, *C. de rei vind.*

(3) Aliter Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 30. *de Act. Emp.* Ex quibus caussis retentionem vel deductionem ipso jure habemus, actionem non habemus, ea soluta certi condicimus *d. L.* 30. *L.* 5. *§. ult. de imp. in res dot.* Ex quibus vero non ipso jure, sed opposita exceptione doli ea certi non condicimus *L.* 53. *L.* 51. *h. t.* incerti condicere possessionem possumus *d. L.* 40. *§.* 1. Male et resistit *d. L.* 51. *L.* 98. *§.* 4. *de Sol. L.* 11. *C. de R. V.* Aliter Pac. 4. *Quæst.* 8.

C A P. XIII.

Etiam a personis eorum, inter quos res agitur, indebitum dici quod per se vere debitum, tamen aut non debetur, ei cui solvitur, aut non debet qui solvit: Atque hinc quoque soluti repetitionem esse: Qua conditione.

Debitum æstimari non re tantum, sed etiam ex dantis et accipientis personis. I.
Solutum ei cui non debeatur, licet re debitum, potest ab eo repeti. II.
An ejus quod creditor ob eo, qui non debebat, recepit, sit tamquam indebiti repetitio. III.
Proponitur antinomia, ut vocant L. si pœnæ 19. §. 1. *cum* L. repetitio 44. D. de cond. indeb. *et cum* L. de hereditate cod. de petit. hered. IV.
Quorumdam improbatur conciliatio. V.
Præfertur Accursii et Bartoli distinctio. Hæc ratione et auctoritate defenditur et illustratur. VI.
Item conciliationi superiorum LL. commodissima demonstratur. VII.

I. Atque hæc debiti et indebiti definitio est, si quidem ho solum quæritur, quod re ipsa debitum est, ut debeatur ab aliquo alteri, aut re indebitum, ut debeatur a nullo. Sed, ut proposui, non ex re ipsa solum, verum etiam ex personis dantis et accipientis debitum et indebitum æstimandum est. Et hoc est. Cum quid vere debebitur, siquidem etiam debitum fuerit ei, cui solvitur, et debitum simul ab eo, qui solvit: tum erit, quod solvitur omni ex parte debitum; tum etiam soluti inhibebitur repetitio, tanquam vere debiti soluti. Sin quid debebitur quidem re vera, sed aut non ei, cui solvitur, aut non ab eo, qui solvit, placet indebitum solutum videri, ejusque per errorem soluti non minus esse repetitionem. *L. in summa*, 65. §. *ult. D. de cond. ind.*

II. Et illud quidem dubitationem non habet, quin si ei cui solvitur, non debetur, possit repetere is, qui dedit, quanvis re vera debuerit. Finge debitorem ei solvere, quem creditoris sui heredem putabat, aut ei, quem putabat creditoris procuratorem. Etsi solvit is, qui debuit; tamen huic non debuit. Quam etiam ob caussam nulla esse potest ei qui accepit, ad retinendam pecuniam sine caussa acceptam defensio.

III. Alterum illud incidit in dubitationem, si quis recipiat sibi debitum, sed solvente per errorem eo, qui non debeat, quæriturque, an sit etiam hoc casu soluti tanquam indebiti conditio: Veluti si quis heredem se falso existimans, solverit creditoribus hereditariis.

IV. Dubitationem loci in speciem dissidentes faciunt. Nam et hic condictionem esse generalis definitio est in *d. L. in summa*, 65. §. *ult. D eod.* Et nominatim traditur in hac ipsa specie in *L. si pœnæ*, 19. §. 1. *eod.* Negat, ut videtur *L. repetitio*, 44. *eod. L. de hereditate, C. de pet. her.* Et quo magis hos locos contrarios esse putemus, speciem habent iisdem verbis conceptam; et tamen in hac ipsa ut videtur, contrarias definitiones. Nam in *L. si pœnæ*, §. 1. Sic definitio est. *Quanvis debitum, sibi quis recipiat: tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* Veluti, si quis heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditariu solverit. In *L. repetitio* contra definitio in hæc verba: *repetitio nulla est ab eo qui suum recepit;* tametsi ab alio, quam a vero debitore solutum est.

V. Neque nunc eo quis confugiat ad hæc concilianda, ut (1) quidam, ut dicat hoc posterius dictum esse de eo, qui quod suum est omni ex parte, recipit; prius autem de eo, qui recipit tantum sibi debitum. Suum enim recipere maxime proprie dicitur, ille quidem, qui rem dominii jure suam recipit, sed non minus et ille dicitur, etsi minus proprie, qui sibi debitum recipit. Cum autem de debito agitur, quod fit in posteriore quoque definitione, ut soluti verbum indicat: non aliud valet suum, quam sibi debitum. Diciturque creditor suum recipere eadem forma, qua suum persequi, suum obtinere, ad suum pervenire: omnia de eo quod ei debetur, ut alias monui. *L. cum duobus.* 52. §. *idem respondit, D. pro soc. L.* 6. §. *apud. D. quæ in fraud. cred. L.* 1. *D. de eo quod cert. loc. L. si non sor-*

(1) Tilem. Stella (quem refellit Zasius ut notat. *in d. L.* 44. Goth.) Gilb. Reg. 1. *Enant.* 12. anaphorice scribens rem propriam deberi et solvi, et P. Grangian. *Paradoxe.* 19. quod refellunt Lopez. *d. C.* 13. Charond. *d. C.* 15.

tem, 26. §. *liberatus*. in fin, *D. de cond. ind.* Atque hanc esse sententiam superioris definitionis sequentia evidenter ostendunt, quibus declaratur agi de eo, quod solutum est, et solutum ab alio quam a vero debitore. Non solvitur, nisi quod debetur, et si fuit debitor aliquis rei solutæ, utique et ea res debita fuit. Quoque minus dubitemus ita eam definitionem accipi deberc, extat eadem iisdem verbis concepta in *L. de hereditate, C. de pet. her.* Sed nominatim relata ad creditores; qui certe aliud recipere non potuerunt, quam sibi debitum. Sic enim verba sunt: *nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.*

VI. Quid ergo est? Et recte Accursius itemque Bartolus hac distinctione rem explicant, ut qui non debitum dat, repetere possit etiam ab eo, qui suum sive sibi debitum recepit, si quidem solvit suo nomine: sin nomine debitoris, nulla sit repetitio. At de hujus sententiæ ac distinctionis ratione si quæritur, non est obscura. Non est enim debitum, nisi ubi duo sunt, quorum uni debeatur, et alter debeat. Quantumvis igitur debeatur alieni pecunia: non tamen debitam solutam possis dicere, nisi is solvat, qui debet; aut quod proximum est, solvat debitoris nomine. Neutrum horum est in eo qui cum non debeat, solvit errans suo nomine, quasi ipse deberet. Jure ergo hunc indebitum solvisse dicemus, eique ejus indebiti soluti condictionem dabimus. Quod si quis nomine debitoris solvit, quia id facere jure potest, ut etiam absentem et invitum liberet; *L. solutione*, 23. *L. solvere*, 53, *D. de solut.* vel hæc ipsa liberatio debitum solutum fuisse ostendit, quasi solvisset ipse debitor. Ut proinde hoc casu necesse sit cessare soluti conditionem adversus eum qui sibi debitum receperit. *L. si non sortem*. 26. §. *libertus*, in fin. *D. de cond. ind.* Neque hanc definitionem quisquam stultam esse dixerit, repeti non posse ab eo, qui sibi debitum recepit, cum ei nomine debitoris solutum est, quasi de eo nemo juste possit dubitare. Sane enim si quis sciens se nihil debere, ultro solvat nomine debitoris, nulla sit dubitatio. Sed fieri potest, ut qui nomine debitoris solvit, ideo solvat quia se ei tantundem debere existimet. In quo juste dubites, an non possit repetere. Propterea quod et non debuit ipse, et per errorem solvit: quæ duæ res junctæ parere solent condictionem. Ergo huic dubitationi commodissime illa definitio superior opposita est, qua generaliter definitur, nullam esse repetitionem ab eo qui sibi debitum recepit, si quidem ei nomine debitoris solutum est, quanvis qui solvit, non debuerit. Scilicet ut intelligeremus, ne tum quidem, cum quis solvit errans debitoris nomine, esse a creditore repetitionem. Idque ita esse nominatim adducta superiore dubitationis caussa declaratur bis locis. *L. pure*, 5. §. *pen. D. de dol. et met. exc. L. si quis delegaverit*, 12. *D. de novat. L. si donaturus*. §. 1. *D. de condictio. cau. dat.* Neque tamen isti solventi denegamus simpliciter indebiti soluti condictionem Quid enim? cum is neutri debuerit neque creditori, neque debitori, et per imprudentiam cum solvisse constet, non condiceret; et condictio indebiti per errorem soluti generaliter constituta, in hac caussa cessaret? quamobrem? Habet igitur et hic repetitionem; sed ut repetat a debitore ipso, cui debitum non fuit: cujus nomine solvendo et eum liberando, cum ejus negotium gesserit, perinde est quasi ipsi solvisset. Solum enim a creditore qui suum recepit, repetere posse negamus. Hoc in *d. L. pure*, §. *pen. de dol. mal. exc.* et *L. si quis delegaverit, D. de novat.*

VII. Constat igitur sibi ipsi superior distinctio, et auctoritate ac ratione juris certa defenditur. Sed de eo potissimum nunc non agitur. Agitur de superioribus iuris, quos in hac re verbis dissentientes paulo ante proposuimus, quæriturque, quomodo his conveniat superior distinctio, in quibus quæstione communiter posita de eo, qui suum et sibi debitum recepit ab eo qui non debuit, de eo contraria respondentur, dum in aliis traditur repetitionem esse ab eo qui recepit: in aliis negatur. Nulla utrobique addita distinctione, utrum qui solvit, suo nomine solverit, an debitoris. Nos vero hanc ipsam distinctionem ex ipsis locis recte defendemus. Sic definitio est *L. repetitio, de cond. ind*, et *L. de hereditate, C. de pet. hered.* nullam repetitionem esse ab eo, qui suum recepit, quanvis non debuerit, qui solvit. Et si nihil hic adjicitur aperte de animo solventis, quasi is debitoris nomine solverit, non suo: tamen hoc ipsum verba vi sua satis exprimunt. Oservandum est enim non simpliciter dici nullam esse repetitionem a creditore, sed a creditore, qui suum recepit. Suum aut sibi debitum recipere solus is proprie dicendus est, qui recipit aut a debitore ipso, aut ab alio quidem, sed (2) nomine debitoris.

(2) Bud. *ad L. ult. de ædil. ed.* verum pugnam statuit. Sed cum Accursio distinguit quoque ita Cujac. 8. *Obs.* 9. et 7. *ad Afric. in L.* 38. §. 2. *solut. in fin.* Costal.

Nam cum ut dixi, constat omne debitum duorum persona, debitoris et creditoris; si quid dederis creditori, in quo dando non versetur debitor, omnino id debitum dici non potest: proinde nec creditor in eo sibi debitum recepisse. Hæc cum sit proprietas et significatio verborum; quandiu non apparet aliud sensisse scriptorem, tamdiu ipsi significationi stare debemus. *L. non aliter*, 69. *D. de leg.* 3. *L.* 1. §. *licet*, illic, *in re igitur dubia*, *D. de exercit. act.* Sed hoc tandiu inquam, quandiu non apparet aliud sensisse scriptorem eum qui loquitur. Quod si apparet, tum recte placet sententiam potius spectandam esse, quam verba. *d. L. non aliter, de leg.* 3. At hoc ita fit in *L. si pœna*, 19. §. 1. *D. de condict. indeb.* ubi Pomponius de eo loquens, qui sibi debitum recipit ab eo, qui non debitum dat, et adversus eum qui recipit, indebiti condictionem dans, sentiat de eo creditore, cui nec a debitore, nec nomine debitoris solvitur: proinde et de eo solvente, qui nec debeat ipse, nec solvat nomine debitoris, sed suo, quasi ipse debuisset. Intelligitur hæc sententia primum ex eo, quod proponit solutum dari ab eo, qui non debitum dat. Non dicit non sibi debitum, sed generaliter non debitum. Quapropter hoc datum intelligit, quod neque ab ipso debitum sit, neque ab alio, cujus nomine solvat. Tum autem hanc significationem exemplum subjectum et ratio exemplo addita non obscure confirmat. Veluti, inquit, si is qui se heredem falso existimabat, creditori hereditario solverit. Qui talem se serio existimat, non potest in hoc errore, quin suo nomine solvat, cum se solum debitorem esse existimet, non alium, quia se solum heredem putat. Addit, hic enim neque verus heres liberatus erit. Non ergo profecto heredis nomine solutum erat. Certi enim juris est, solvere quemque posse pro alio, ut eum etiam invitum liberet, nedum ignorantem. *L. solvere*, 53. *D. de sol.* Quod cum Pomponium sensisse appareat, etsi fortasse minus proprie dixit, eum creditorem, cui ita solutum est, sibi debitum recepisse; tamen cognita ejus sententia, a significatione propria verborum recedere, et sententiam sequi debemus. Atenim, dicat aliquis, de eodem possessore agitur in *L. de hereditate*, *C. de pet. her.* Non ita est. Proponitur enim illic possessor, qui bona quidem fide aliquando hereditatem possederat, sed cum quo postea judicio agi cœptum erat, et quidem ita, ut adversus eum pronuntiatum esset. Hic quidem post litem contestatam bonæ fidei possessor esse definit: certe de jure suo incipit dubitare. *L. sed etsi*, §. *si ante*, *D. de her. pet.* Ac tum is incertus juris sui solvit creditoribus hereditariis bona fide: id est nomine hereditario: negotium videlicet hereditatis bona fide gerens, non ut prædones solent, summe ut solutio cederet in rem heredis, sive ipse heres esse postea declararetur sive petitor. Potest quidem solutum secundum verba illic sic accipi, quasi possessor solvisset ante litem contestatam tum, cum adhuc se heredem falso existimaret, et solveret suo nomine. Sed quod dicitur possessor creditoribus hereditariis exsolvisse bona fide, eaque conditione denegatur ei condictio, satis arguit de eo dici qui solvit nomine hereditario, cum jam de jure suo cœpisset dubitare. Bona enim fides præstatur in alienis negotiis gerendis *L. bona fides*, *L. quod Nerva*, *D. dep.* Sua autem quisque proprio arbitrio gerit, utpote rei suæ dominus et arbiter, nulli rationem redditurus, utrum bene, an male rem gesserit. *L. in re mandata*, *C. mand.* Sed et ratio ab Antonino illic subjecta satis hoc illum sensisse confirmat. Nam repeti, inquit, a creditoribus, qui suum receperunt, non potest. Heredes erat igitur prius de iis creditoribus, qui suum receperant. Ergo de iis, quibus solutum erat no-

ad *d. L.* 19. §. 1. Merz. *de cond. indeb.* *C.* 4. *n.* 10. Dpar. *h. t. C.* 7. Pac. *h. Q.* 1. Diss. Charon. 2. *Verisim.* 15. quia in *d. l. L.* ait, distinctionis hujus nulla mentio. Ideo ipse distinguit aut nullo modo debuerit qui solvit ut *d. L.* 19. §. 1. an vero sit utcunque debitor, sed alius quam verus, ut *d. L.* 44. scilicet si debitor sit principalis debitoris. Briss. *Lib.* 2. *de Solut.* *Tit. de Delegatione p.* 396. refert *d. L.* 44. ad debitorem delegatum, si per errorem promiserit, vel deceptus a delegante. Tribonianum autem singulare thema inscite ad regulam generalem traxisse. Scite Greg. Lopez, *Animadv.* *C.* 13. admissa quidem distinctione Accursii quoad dissolut. *d. L.* 19. §. 1. et *L.* 5. *C. de pet. her.* non autem quoad *d. L.* 44. quia si exinde decidisset, IC. aliquem expressisset, ita pugnam tollit: Aut quantitas, ex gr. 10. a Sejo debita, solvitur Cajo creditori, a Titio, suo, non creditoris nomine. Hic repetitio *d. L.* 19. §. 1. et dantis, non accipientis persona spectatur. Aut species, ex gr. Davus a Sejo debitus solutus Cajo a Titio suo nomine. Hic deficit repetitio *d. L.* 44. Ratio differentiæ. Illic decem soluta et ex parte rei debitæ et accipientis respecta indebita sunt; denique, indebitum datum est sive solventem sive accipientem sive quod solutum est inspicias. Hic ex parte rei soluti vere debitum est. Consentire videtur P. Greg. satis aperte non eo loquens 27. Synt. 9. Aliter et nuvs Mar. Lichtano *Lib.* 6. *Membran. Ecloga* 15.

mine heredis, ejusdemque debitoris, ut esse horum verborum propriam significationem ante ostendimus. Neque vero ab hac significatione recedendum est, quamdiu in eo rescripto nihil urgeat, quo scriptorem aliud sensisse probetur.

C A P. XIV.

Indebitum per errorem solvi oportere, ut sit soluti repetitio: Item per errorem facti, non juris. Cur hæc? Et quis in hac repetitione error facti, quis juris.

Indebitum repeti, si fuerit per errorem solutum. I.
Ideo qui solvit sciens, non repetit. Sciens ab ignorante quid differat. II.
Nisi tamen id actum, ut si error appareat, repetatur. III.
Dubitantis eadem, quæ errantis conditio in soluti repetitione. IV.
Errorem facti, non juris prodesse ad repetitionem indebiti. V.
Contrariis occurritur. VI. VII. VIII. IX.
Juris errorem minoribus, fœminis, militibus, rusticis non nocere. X.
Quid sit error facti, quid juris error. Exempla utriusque. XI.

I. Ac de debito ac indebito satis. Tertium exigimus ad caussam soluti repetendi, ut indebitum solutum sit per errorem.

II. Qui indebitum sciens solvit, non repetit, *L. indebitum, C. de cond. ind. L.* 1. *L. judex*, 28. *D. eod.* Idemque est; etsi indebitum sciens tanquam debitum promiserit. *L. si is qui perpetua*, 24. *D. eod.* Cur minus, qui sciens solvit, quam qui ignorans; cum uterque pariter solvat indebitum, id est det ob eam caussam, quæ nulla est? Quia qui ignorans indebitum solvit, ideo solvit, quia putat se necesse habere solvere. Qui hac opinione est, aperte non vult donare. Ut enim aliquoties jam diximus, nemo in eo, quod necesse habet, aut se putat necesse habere facere, liberalis intelligitur. *d. L. rem legatam*, *D. de adim. leg.* Qui autem cum sciat se non debere, id est nulla necessitate cogi ad dandum, nihilominus dat; intelligitur (1) donare, ex donati definitione. *L. Campanus, D. de op. lib. L. donari*, *D. de reg. jur.* Hinc regula juris, *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* L. cujus per errorem, *D. de reg. jur.* Donati porro nulla repetitio. *L. cum ancillam, L. si repetendi, C. de cond. ob cau. dat.* Quid tamen si is, qui sciens indebitum solvit, hoc (2) animo sit, ut postea repetat? Si nihil amplius, quam hac mente fuit, repetere non poterit. *L. quod quis*, 50. *D. de cond. ind.* Semper enim verum est, eum qui nullo jure cogente sciens dat, donare intelligi: *d. L. donari*, *D. de reg. jur.*

III. Diversum est, si quis sic solvat indebitum, ut si apparuisset esse indebitum redderetur. Merito hic repetitionem locum habere responsum est. *L.* 2. *in pr. D. de cond. ind.* duabus de caussis. Primum quod hic a dubitante indebitum solutum esse apparet. Neque enim sciens superiorem conventionem interponeret: non solveret potius, quam pecunia soluta remedium quæreret. Porro ut per errorem, ita et per dubitationem solventi æque indebiti condictio est, ut mox dicetur. Deinde quod hac conventione interposita negotium inter dantem et accipientem gestum est, ut est in *d. L.* 2. atque hinc actio civilis præscriptis verbis. *L. solent*, *D. de præscr. verb.* Quod si fingeremus eum qui sciens indebitum solvit, idem pacisci, æque huic eandem actionem ex negotio gesto competere diceremus. Nulla conditione adjecta, ut a sciente donatio est, ita nec datum repeti posse, diserte scriptum est in *L. si repetendi*, *C. de cond. ob cau. dat.*

(1) *L.* 26. §. 3. et *L.* 62. *h. t.* Duar. *h. t.* C. 3. Si scilicet et accipiens non deberi sciat. Quod si is ignoret, donatio non est, quæ nec fit nisi scienti. *L.* 18. *de reb. cred.* Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. in v. donatione largitus n.* 342. Menoch. 3. *Præsumpt.* 31. Nec tamen huic condictioni locus, cum possit imputari actori cur solverit. *L.* 7. §. 1. *Qui sat. cog.* Posse autem repeti condictione sine causa vult Mozz. *de Cond. ind.* *L.* 1. *n.* 5. de quo dubito. Unde et Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 65. *n.* 10. *et seqq.* regulam quod a sciente solutum non condicatur, aliquot modis restringit; quæ tamen exceptiones fere regulæ non conveniunt, nec insunt; et *n.* 17. *et seqq.* ubicumque alia quam donationis præsumptio, conjecturave capi potest, condictionem concedi censet, de quibus illum consule.

(2) Quia propositum in mente retentum nihil operatur. Ergo necesse est, ut mentem istam verbis exprimat.

IV. Et quoniam de errante definitio juris superior concepta est, quæstio hinc nata de eo, qui dubitans indebitum solvit; quod paulo ante attigimus. Neque enim qui de debito dubitat, continuo errat. Is errare proprie dicitur, qui ita ignorat, an sit debitum, necne, ut certo sibi persuadeat debitum esse. Dubitare autem potest is, qui putet esse debitum, sed tamen an sit debitum certo, nesciat. Quo fiat, ut veritus ne sit debitum, malit solvere. Quæritur igitur, an quæ erranti tribuitur indebiti condictio, eadem danda sit et per dubitationem solventi. Et placuit dandam. Cautum Justiniani constitutione, in (3) *L. ult. C. de cond. ind.* Nec difficile fuit id ex vetere jure sumere, et colligere ex verbo erroris per comparationem majorum. Nam qui credens se debere solvit, omnino hoc animo est, ne repetat, ut hoc animo suspecto nulla possit ei esse repetitio. Qui autem dubitans solvit, qua parte cogitat fieri posse, ut sit indebitum, saltem hac parte hoc animo est, ut repetat, si postea re diligentius quæsita, compertum erit non deberi. Quare si erranti nihilominus repetitio datur, multo magis danda est dubitanti, cui animus suus minus obstat ad repetitionem.

V. Non est satis ad repetitionem soluti, indebitum solutum esse per errorem. Quartum exigimus, ut solutum sit per errorem (4) facti. Quod per errorem et ignorantiam juris solutum est, repeti non potest, non magis quam si quis sciens solverit. Scio aliter docere vulgo interpretes ad §. *is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* ad *L. cum quis, C. de jur. et fac. ign.* et aliis locis, ubi occasio incidit. Sed et hic manifestus error est, recte notatus nostra ætate primum ab (5) Eguinario Barone ad *d. §. is quoque*, ut monui supra *Lib. 1. Cap. 21.* qua parte errorem juris etiam in damnis nocere ostendi. Sed quia illic attigi brevius disputationi tam institutæ serviens; nunc ubi de hac specie ex professo agitur, de eo dicam paulo fusius, ne quid dubitationis adversus hunc errorem relinquatur. Prodita vero est, ut et illic scripsi, hæc erroris distinctio in repetitione indebiti soluti tam apertis locis, ut de alia quavis sententia potius, quam de hac liceat dubitare. Mitto *L. si per ignorantiam, L. fideicommissum, C. de cond. ind.* quibus in locis repetitio indebiti soluti nominatim datur hac conditione, si solutum sit per errorem facti. Qua conditione deficiente satis intelligitur repetitionem denegari. Sed possunt excogitari rationes, quibus in speciem dicatur idem probandum esse etiam in errore juris: quando nihil aperte contra de eo illic expressum est. At ne qua hic esset tergiversatio, sunt alii loci, quibus comprehensum est de utroque errore diserte, non solum ut dicatur esse soluti repetitio, si quis solverit per ignorantiam facti; sed etiam si quis jus ignorans solverit, nominatim denegetur. Loci hi sunt. *L. cum quis, C. de jur. et fac. ignor. L. error, C. ad leg. Falc. L. regula, §. pen. in fin. D. de jur. et fac. ignor.*

VI. Quid autem adfertur contra, cur id non placeat de errore juris? Primum moventur vulgo iis locis, in quibus ex professo regula traditur de repetitione indebiti, qui simpliciter et generaliter ita scripti sunt. Indebitum per errorem solutum repeti posse. *d. §. is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl. L. 1. C. de cond. ind. L. 1. L. qui exceptionem, 40. D. eod.* Auget dubitationem, quod in toto *Titulo Digestorum de conditione*, qui uni huic repetitioni explicandæ destinatus est ex professo, quamvis sit prolixus, nusquam tamen fit mentio erroris facti, ut huic tribuatur repetitio, aut erroris juris, ut huic denegetur: sed ubique simpliciter tribuitur errori: seu erranti et ignoranti. Sic ergo ratiocinantur: Quoties

(3) Ubi ratio dubitandi expressa, quia videtur præsumenda transactio, quæ est de re dubia. Ratio decidendi, quia nec dubitans habet animum donandi, nec præsumi potest transactio, quæ nullo retento vel promisso non procedit. Duar. h. t. C. 3. fol. 903. add. Vasq. Contr. usu freq. 63. n. 4. Ubi n. 12. idem esse in eo qui dolo inductus et persuasus solverit ex *L. 25. infr. Pr. de probat.* verbis: *quod per dolum accipientis, vel justam ignorantiæ caussam.*

(4) Etiam proprii *L. sed etsi 12. Pr. h. t.* Vasq. C. 63. n. 3. Pac. 4. Q. 24.

(5) DD. vulgo et cum iis Zas. in *Rub. h. t. n. 6.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n. 5. et n. 33.* distinctionem juris et facti erroris admittunt in indebito civiliter tantum, debito autem naturaliter. Volunt enim naturalis debiti, facti errore soluti, repetitionem esse. Quod et refellunt Duar. h. t. Cap. 3. P. Fab. ad L. 53. de R. J. Vinn. 2. Var. Lect. 22. Rob. 1. Sent. 6. putans nec naturale debitum ex quacunque ignorantia, repeti, quia hæc condictio provenit ab æquitate naturali, ut quod alterius apud alterum sine caussa est, revocetur. Habita autem naturalis æquitatis ratione non est sine caussa apud alterum, quod natura debitum fuit. *L. 1. de pact. etc. et C. eod. 2.* DD. rationes expendit ac refellit. Add. Fachin. 8. *Contr.* 106. *et* 10. *contra* 11.

lex scripta est generaliter, nec speciem ullam vel personarum vel rerum exprimit, ad quam referatur, præcipitur ita accipiendam esse, ut scripta est, idest ita ut nullæ species ex eo genere excipiantur. *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*; *D. de her. pet. L. si servitus*, *D. de servit urb. præd.* Posuimus autem jus de repetitione soluti ita scriptum esse, ut tribuat repetitionem omnibus qui per errorem solverunt, nec distinguitur, quo errore, facti, an juris. Quocirca utrumque errorem comprehensum esse, et dare soluti repetitionem intelligere debemus.

VII. Adversus hanc objectionem duæ sunt defensiones certæ, eædemque non admodum intellectu difficiles, si quis modo attendere voluerit. Una hæc expedita. Superioribus locis, qui ab istis proferuntur, nihil distinguitur de errore. Ita est: sed aliis locis et distinguitur, et diserte de errore juris expressum est, quod per hunc errorem solutum sit, repeti non posse. Hos igitur ut ad interpretationem aliorum, et ad exceptionem erroris juris positos, id est ut certos minimeque dubios sequi debemus, et secundum hos generalitatem, id est ambiguitatem aut incertitudinem aliorum interpretari. Id facere jubemur duobus præceptis juris notissimis. Adversus quæ manifeste se facere declarant interpretes, cum eos alteros et eos speciales locos non sunt secuti. Unum hoc est: incivile esse nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita judicare vel respondere. *L. incivile*, *D. de legib.* At totum hoc corpus juris civilis, quo utimur, una quodamodo lex est Justiniani: qui testatur se omnia hic scripta sua facere: *L.* 1. §. *omnia. L.* 2. §. *tanto*, *C. de vet. jur. enucl.* Est igitur incivile et contra hanc legem ex quibusdam locis judicare et pronuntiare in universum de tota hac repetitione, omissis aliis in quibus certo adjicitur aliquid vel detrahitur. Alterum præceptum est huc maxime pertinens, quo monemur, in toto jure generi per speciem derogari, et id potissimum haberi, quod ad speciem directum est, *L. in toto jure*, *D. de reg. Jur.* Id ad hunc locum ita pertinet. Quibusdam locis definitur, quod per errorem solutum est, repeti posse. Generaliter hoc quidem per errorem; sed nihil amplius. At aliis locis certis excipitur ex eo genere error juris, dum nominatim ita traditur, quod hoc errore solutum est, non posse repeti. Quapropter quod ad hanc speciem erroris directum est, id potius haberi oportuit.

VIII. Altera defensio est non minus certa et expedita. Etiamsi ubique definiretur, generaliter, solutum per errorem repeti posse, nec usquam exprimeretur in hac specie repetitionis de eo quod solutum est errore juris: tamen verbo solo erroris intelligere debemus errorem facti, non juris. Et vero ita accipere oportet, quoties in jure generaliter occurrit verbum erroris. In quo hæc ratio est juris certi; quia scilicet error juris pro errore non habetur: seu, qui juris imperiti id jus ignorant, et per hanc ignorantiam in eo errant putantes id jus esse, quod non est, perinde habentur ut ipsis noceat, quasi scirent, nec errarent. Denique in eadem caussa sunt cum his, qui sciunt. Argumento hæc sunt. Opponuntur stulti errantibus diserte in *L. regula*, §. *pen.* in fin. *D. de jur. et fac. ignor. Sciant*, ajunt Imperatores, *ignorantiam facti, non juris prodesse; nec stultis succurri solere, sed errantibus.* Stulti igitur errantes non sunt, cum his opponantur. Stultos autem illic rescriptum vocat, quos prius dixerat imperitia juris lapsos. Traditur etiam in *L.* 4. *D. quod vi aut clam.* Non debere melioris conditionis esse stultos, quam peritos. Quod plane id ipsum est, quod proposuimus. Stultos enim jam ante diximus intelligi imperitos juris. Idque non difficile est intelligi ex antithesi superioris sententiæ. Præterea scimus edictum *quod metus caussa*, generaliter scriptum esse de metu, in hæc verba, *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo. L.* 1. *D. quod met. cau.* Et tamen a veteribus constanter edictum sic acceptum est, ut non putaretur pertinere ad vanum et non justum metum. *L.* 5. *L.* 6. *D. quod met. cau.* Hac ratione, quæ regula juris comprehensa est, quia vani timoris non justa excusatio est. *L. vani*, *D. de reg. jur.* Id multo justius de errore juris dixerimus, ut cum scilicet alicubi ita jus scriptum erit generaliter, ratum non habendum, quod per errorem solutum est, non pertineat ad vanum errorem, qualis est error juris: quoniam hujus erroris multo minus justa sit excusatio, quam vani metus. Nam stultum metum plerumque adfert infirmitas naturæ: juris ignorantia uni stultitiæ nostræ et perversitati adscribenda est. Cujus rei ratio exposita rem omnem expediet, et quam recte in hac re ab errore facti distinguatur, ostendet. Jam primum hoc constat certi juris sententiam esse hanc, quæ traditur in *L.* 2. *D. de jur. et fac. ignor.* in omni parte errorem in jure non eodem loco, quo facti ignorantiam haberi debere. Adjicitur ratio differentiæ; cum, inquit Neratius, *jus finitum et possit esse et*

debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Ratio obscurior fortasse, sed quæ id ipsum indicet quod quærimus. Significat enim facti errorem justam excusationem habere: errorem juris, nullam. Quippe excusatione dignissimum esse, si quis ignoret ea, quæ etiam prudentissimos fallunt. In hoc genere autem esse facta, eorumque interpretationem. At carere venia eum, qui jus ignoret, quod finitum, id est definitum ac certum esse possit, et debeat, eoque et quæsitum statim sciri. Sed quoniam dici potest jus posse esse finitum et debere, sed tamen non esse, eoque etiam nunc locum esse veniæ, si quis id ignoret: addamus, quod sit certius ad omnem excusationem hic præcidendam. Hoc ergo dicimus amplius quodcumque est, et qualecumque id jus publicum, quod constitutum est, et quo utimur, tale esse, ut nulli permittatur id ignorare. Cautum in *L. pen. C. de jur. et fac. ignor. L. leges sacratissimæ, C. de legib.* Quod quidem nihil aliud est, quam si quis ignoret, nullo jure se posse in ea re tueri. Neque iniquum quisquam putet, hanc cognitionem ab omnibus exigi. Nam ut est in *L. in bonorum. D. de bonor. possess.* non exigitur hic scientia juris, qualis sit in juris prudentibus: sed qualem homines communi sensu præditi consequi possunt aut per se, aut consulendo prudentiores. Hoc quidem posterius omnes possunt præstare, et cum de solutione agitur, non ante solvere, quam consilio prudentiorum sint usi. Si non fecerunt, et ita in errore juris manentes solverunt perperam, aperte ipsorum culpa est. Proinde error nec justus nec probabilis. Atque hoc modo de generalitate eorum locorum, qui de hac repetitione scripti sunt, abunde satisfactum puto.

IX. Sed præcipue vulgo se moveri ostendunt duabus sententiis Papiniani, quæ videntur erranti in jure repetitionem soluti dare. De quibus respondebo ordine. Sed brevius, ac tantum quia necesse est attingi hoc loco. Nam et ante de his respondimus non solum eodem illo *Cap.* 21. *Lib.* 1. sed etiam ejusdem *Lib. Cap.* 22. ubi quis esset sensus earum definitionum, et quibus in caussis locum haberent, copiose quod satis sit, ostendi. Una ergo sententia est in *L. juris ignorantia, D. de jur. et fac. ignor.* his verbis; *juris ignorantia suum petentibus non nocet.* De hac vero sententia satis est hoc loco moneri idem, quod illo *Cap.* 21. diximus, non pertinere eam ad conditionem indebiti: quoniam qui indebitum repetit, non petit suum, sed alienum. Qui enim aliquid solvit, is dominium transfert in accipientem; quo translato simul ipse dominus esse desinit. *L. dominus*, 53. *D. de cond. ind.* Ejusque rei certissimum argumentum est, quod indebiti repetendi causa datur condictio indebiti. §. *is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Nemo rem suam condicit, præterquam a fure: aut malæ fidei possessore. *L. ult. D. ve. quem. cau.* §. *sic itaque, Inst. de act.* Altera sententia est Papiniani non admodum dissimilis superiori in *L. error. seq. D. de jur. et fac. ign.* in hæc verba: *omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.* Sed et ex verbis apparet, non magis hanc sententiam pertinere ad repetitionem indebiti, quam superiorem. Qui indebitum repetit, ut maxime dicatur damnum facere rei suæ si hanc solvendo transfert, nec licet repetere: nullo tamen modo dici potest in ea repetitione laborare de damno rei suæ amittendæ. Primum non de damno rei suæ, quia res ejus esse desiit solutione, ut ante ostendimus. Deinde ob eandem caussam non de damno rei amittendæ, quia non videtur rem amittere, cujus propria non fuit. *L. non videtur rem, D. de reg. jur.* Sic fit ut dici possit laborare de damno rei olim suæ jam ante (6) amissæ. Laborare autem de damno rei suæ amittendæ dici non possit.

X. Quod tamen dicimus per errorem juris solutum repeti non posse, ex jure communi dictum intelligendum est. Cæterum jure singulari quibusdam personis tributum est, ut iis jus ignorare liceat, certe in his hæc ignorantia sit excusata, ac proinde ne iis quidem in repetitione indebiti soluti noceat. Quo in genere minores, fœminæ, milites, rustici. *L. regula, D. de jur. et fact. ignor.* de quibus et ipsis in eadem quæstione diximus eodem *Cap.* 21. *Lib.* 1.

XI. In cæteris hoc discrimine erroris posito, ut facti ignorantia det soluti repetitionem, juris error non admittat: quærendum erit, quid hic per errorem facti solvi intelligatur, quid per errorem juris. Quod utriusque erroris cognitione assequemur. Etsi autem quid esset utrumque, et quibus ex

(6) Aliter Duar. vid. *supra Lib.* 1. *Cap.* 21. *N.* 2. aliter Pac. 4. Q. 5. Damnum hic non ex errore, sed solutione. Quia dempto errore, si sciens solvisset, non ageret, nec nunc egit propter errorem, ne error juris prosit, et actionem pariat.

rebus esset æstimandum, satis in eadem illa quæstione in universum exposuimus; ejusdem *Lib. 1. Cap. 19.* tamen quo magis id ipsum in hac specie intelligatur; non abs re est proprius utrumque definire, quatenus indebiti solutioni conveniat. Licet igitur rem explicare hoc modo. Si nullum omnino factum præcessit ad obligationem, facti error est, si quis id præcessisse existimat, dum tale esset, ut si præcederet, jure obligaretur. Ut si putet se debere ex stipulatu, ubi nulla omnino præcessit stipulatio; si ex empto, ubi nullum omnino factum emendi. Neque hic locum habere potest error juris. Quod si aliqua caussa ad eam rem præcessit, sed in qua aliquid obstet obligationi, sive quod ab initio caussa jure non valuit, sive quod propter exceptionem postea natam non habuit effectum: hic sic recte dictuti esse videmur, facti errorem hic esse, cum quis ignorat factum esse, propter quod aut obligatio non consistit ab initio, aut exceptio postea secuta est. Contra juris esse errorem, cum in eo scit factum esse, propter quod vere non debet, sed nihilominus putat jure se debere, quasi vel obligatio nata sit ab initio, vel non sit postea liberatus. Uno aut altero exemplo res plana fiet. Testator legavit centum ultra dodrantem. Si quidem non ultra dodrantem legata essent, constaret deberi. Nunc quia hoc intervenit, ut ultra dodrantem, sunt indebita propter legem Falcidiam, quæ supra dodrantem legari vetat. *L. 1. D. ad leg. Falc. Inst. de leg. Falc.* Nihilominus heres dum putat se ea debere, solvit per errorem. Comperto errore suo repetit. An possit, quæritur. Distinguemus hoc modo: Si aut ignoravit quantitatem patrimonii quam majorem putavit, atque erat: aut ignoravit quantitatem legatorum, quæ putavit pauciora esse: quam erant re vera, et ob id credidit dodrantem hereditatis abunde sufficere omnibus legatis; in hoc errore repetet, quia erravit in facto: ignorans videlicet id factum esse, propter quod non debebat, id est legatum esse supra dodrantem. Quod si scivit quantitatem legatorum et patrimonii, atque ita centum ista excedere dodrantem hereditatis, et nihilominus putavit se judicio testatoris obstringi, ut præstet; non repetet. Erravit enim in jure, sciens factum esse, propter quod vere non debebat, nempe legatum esse supra dodrantem, et nihilominus putans jure se teneri: quod secus est. Hæc sententia *L. error, C. ad leg. Falc. L. regula, §. pen. D. de jur. et fac. ignor.* Sit et hoc exemplum in exceptionibus. Diximus eum qui exceptionem perpetuam habet, per errorem solutum repetere posse. *L. qui exceptionem, 40. D. de cond. ind.* Hoc sic accipimus, si per errorem facti solvit, non per errorem juris. Quibus ergo ex notis ista in hac re distinguimus? Nempe his. Si debitor ignoravit ea facta esse, propter quæ hujusmodi exceptiones nascuntur, quibus iisdem fit, ut non debeat: repetet. Erravit enim in facto. Sin scivit ea esse facta, et nihilominus putavit se teneri, non repetet, quia erravit in jure. Propone plenius hoc modo. Creditor pactus est cum debitore se ab eo non petiturum. Hic quæsita est debitori perpetua exceptio pacti conventi. Vel actore jusjurandum deferente reus juravit se non debere. Hinc exceptio perpetua jurisjurandi reo. Vel egit quis judicio cum debitore. Debitor absolutus est. Hinc nata debitori perpetua exceptio rei judicatæ. *§. præterea, et duobus seqq. Inst. de except.* Atque hæ exceptiones reo semel quæsitæ transeunt etiam ad heredes ejus, et fidejussores. *L. exceptionem quæ, D. de exc. L. si pactum, D. de prob.* Quod de heredibus et fidejussoribus ideo propono, ut facilius in his procedat quærere, si forte hi nihilominus solverint, jurisne errore id fecerint, an facti: cum in eos maxime cadere possit etiam error facti, ut qui in re aliena juste ignorare potuerint, quid actum sit cum defuncto. *L. qui in jus, D. de reg. jur.* Secundum hæc faciamus heredem debitoris istius, aut fidejussorem, dum ignorat se superioribus exceptionibus liberatum, solvere creditori per errorem, quasi adhuc deberet. Cognito errore si repetit, hæc erit distinctio ad superiores definitiones accommodata. Si ignoravit pactum, jusjurandum, rem judicatam intervenisse cum defuncto, aut principali reo, repetere poterit. Erravit enim in facto, ignorans facta esse ea, propter quæ exceptionem habuit re vera, id est jure prætorio non debuit. Quod si scivit superiora omnia facta esse, et aut non putavit ad se pertinere earum rerum exceptiones, aut quæsita exceptione non putavit ideo se liberatum, cessabit repetitio. Sic enim juris error est est, dum scit facta esse, propter quæ vere non debuit; putat tamen jure se teneri.

C A P. XV.

Indebitum per errorem quanvis facti solutum, ex una caussa repeti non posse: Quæ hæc caussa, et quam rationem exceptio habet. Plures exceptiones vulgo allatas esse ineptissimas; atque adeo exceptiones non esse.

Solutum ex caussis, ex quibus lis inficiando crescit, etiam si ab ignorante et per errorem, non repeti. Quæ caussæ ejusmodi. I.

Contraria proponuntur. II.

Bartoli defensio improbatur. III.

Contrariis efficaci alia via et ratione occurritur. IV. V.

Solutum per errorem ex actionibus, quæ habent dupli pœnam vel quadrupli initio constitutam repetitur, et quare. VI.

Alias Accursii exceptiones non esse tales. VII.

Singularum cum regula comparatione ostenditur. VIII.

Immo ad regulam nihil pertinere. XI.

Summa juris de soluti indebiti repetitione constituti. X.

I. Hucusque juris certi regula repetionis soluti caussas continens. Indebitum per errorem facti solutum repeti posse. Ea cæteris in rebus perpetua unam hanc exceptionem habet, quæ traditur in *L. ea quæ, C. de cond. ind.* et *§. ult. Inst. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Ex quibus caussis res petita in lite, seu lis ipsa crescit per inficiationem, ex his caussis etiam ab ignorante indebitum solutum repeti non posse. Dicitur res petita crescere in lite, et quod idem est, lis crescere, id est actio, *L. litis, D. de verb. signif.* cum ab initio adversus confitentem simpli actio est: quod si is, cum quo agitur, inficietur, datur actio adversus inficiantem in duplum. Ut sic inficiatione crescat altero tanto et res petita, et lis seu actio hujus rei nomine competens. Id intelligimus exemplo actionis legis Aquiliæ; quæ dicitur isto modo crescere per inficiationem in *d. §. ult. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Sic enim de ea actione traditum est in *L. inde Neratius, §. pen. D. ad leg. Aquil.* Hæc actio adversus confitentem competit in simplum; adversus negantem in duplum. Caussæ, in quibus lis crescit isto modo, sunt tres. Actio legis Aquiliæ de damno dato, *d. L. inde, §. pen.* Actio depositi ex his caussis, si quid tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum erit. *L. 1. §. 1. D. dep.* Actio legatorum seu fideicommissorum relictorum ecclesiæ, vel locis publicis alimoniæ pauperum destinatis, ut nosocomiis, orphanotrophiis, et similibus. Tres has caussas complexus est Justinianus uno in loco in *§. sed furti, Inst. de act.* Ergo quod quis ex una aliqua harum caussarum solverit confitens, quanvis indebitum sit, et solutum ab ignorante, tamen non repetet ex superiore exceptione. Exemplo sit una pro omnibus actio legis Aquiliæ. Emisit quis telum; quo tempore etiam acciderat, ut bos vicini occideretur non tamen eo ictu, sed alieno facto. Qui emiserat, convenitur, quasi occidisset. Is forte metuens, ne si neget se debere, lis inficiatione duplicetur, maluit confiteri, et simplum præstare. Deinde compertum est, bovem ab alio esse occisum. Placet etsi minime debuerit ex his caussis, et per errorem facti solverit, nihilo tamen magis eum, quod solvit, (1) repetiturum.

II. Sed videntur omnia tam quæ sunt juris certi, quam quæ æquitatis manifestæ, huic sententiæ et exceptioni reclamare. Primum generaliter traditum est ignorantem seu errorem facti nulli nocere. *L. error. L. regula*, in pr. *D. de jur. et fact. ignor.* Et id quidem summa ratione: quoniam ut ante diximus, facta etiam prudentissimos fallunt. Immo veeo etiam factorum interpretatio. *L. 2. D. eod.* Multo magis ignota facta, quæ divinare non potuimus. Huc accedit jus constitutum de repetitione indebiti in omnibus aliis caussis. Sic enim definitio est ea, de qua diximus, indebitum per errorem facti solutum repeti posse. Cur excipiantur potius superiores caussæ, in quibus lis crescit per inficiationem? non videtur ulla ratio reddi posse. Nam primum, non omnes istæ actiones sunt ex delicto. Sed etsi sit aliqua, ex delicto, qualis est actio legis Aquiliæ, tamen nihil hoc adversus eum, qui solvit, si

(1) Exc. in minore, qui habet hoc casu restitutionem in integrum. Nam de hujusmodi loquitur. *L. 25. Pr. de min.* ut ibi A. Faber.

ipse nihil deliquit. Nunc autem proponimus eum, qui nihil deliquit, ne quidquam debuit.

III. Nihilo magis rem expedit, quod Bartolus de hac re (2) scripsit ad *L. eleganter*, 23. §. *ult. D. de cond. ind.* Ait enim ideo ex his caussis cessare soluti simpli repetitionem, quia in his simplum solvatur transactionis caussa: ac quod transactionis caussa datur, licet indebitum, repeti non possit, ut ob caussam datum, quæ caussa tunc sequitur, cum disceditur a lite. *L. in summa*, 65. in *pr. D. de cond. ind.* Et est omnino vis hæc transactionis. At quomodo in hac specie transactionis nomine dari intelligitur, quod solvitur, ut debitum? sic enim de his caussis traditur, indebita ex his soluta repeti non posse. *d. L. ea quæ, C. de cond. ind.* et *d. §. ult. de obl. quæ quas. ex contr.* Qui dat, inquit ille, simplum ex his caussis, dat ideo, ne in dupli condemnationem incidat propter inficiationem. Ex quo colligit eum simpli solutione de duplo transigere videri. Male colligit. Sunt enim omnia in hoc facto transactioni contraria. Hic qui dat simplum, solvit ut debitum. Unde dicitur debitum per errorem solvi. Quod transactionis caussa datur, id actor accipere non cogitur, ut transigat, idest a lite discedat. Constat enim transactio duorum consensu. *L. interpositas, L. non minorem, C. de trans.* Est autem contra consensum cogi quidquam invitum accipere. *L. sicut. C. de obl. et act.* At in proposito cum simplum solvitur ex superioribus caussis, cogitur actor id accipere. Solvitur enim illi, quod debetur: ac solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Præterea nulla transactio est, ubi totum solvitur, quod debetur aut petitur; sed cum actor ita quid accipit, ut partem remittat ejus, quod petit; vel ita remittit totum, ut aliud accipiat. *L. transactio nulla, C. de trans.* At hic qui simplum solvit ab initio, solvit totum quod petitur, et debetur; nam actio adversus confitentem, non est nisi in simplum. Quare quod ex his caussis solvitur, nullo modo transactionis caussa dari, aut valere intelligi potest. Ita manet etiam nunc eadem difficultas, quæ supra, quæ efficit etiam in his caussis repetitionem soluti dari debere ei, qui indebitum per errorem facti solvit, itidem, ut in cæteris caussis omnibus: quod hic negamus.

IV. Et ut de eo jam respondeam, nulla esset plane ratio hujus exceptionis defendendæ, et non posset non esse iniquissima, ac contra jus manifestum, si quod solvitur ex his caussis a confitente, omnino esset indebitum. Sed quod hic ab initio indebitum fuit ante confessionem; lex post confessionem debitum facit. Qua et ipsa de caussa solutum non repetitur; ut vere debitum solutum. Animadvertendum est enim in istis caussis, de quibus superior exceptio concepta est, actionem in simplum dari non in delinquentem, cumve qui prius debuisset, sed in confitentem, *d. L. inde. §. pen. ad leg. Aquil.* Ergo in confitentem sive deliquerit, sive non deliquerit, sive depositum acceperit, sive non acceperit, sive legatum ecclesiæ relictum debeat, sive non debeat. His vero verbis efficitur debitum a confitente, quod prius ab illo debitum non erat. Declarat definitio debiti. Id enim maxime debitum est, quod quavis actione jure constituta peti et ab invito exigi potest. *L. 1. §. pen. et ult. D. de pec. const. L. debitor. D. de verb. signif.* Jam vero in his caussis cum quis agnovit debitum confessione, etiamsi prius non debuerit, constituta est adversus eum actio simplum, quæ et dicitur confessoria. *d. L. inde*, §. pen. et ult. *ad leg. Aquil.* Debet igitur simplum ex his caussis sine dubio, qui confessus est; et qui post hanc con-

(2) Et Cujac. 1. *Sent. Pauli* 19. videtur, sit, quasi redemptum hoc pretio soluto periculum inficiationis et dupli. Duar. *h. t. C.* 14. *f. ult.* rationem hanc reddit. Ne aliter fraus fieret L. Aquiliæ, quæ ad pœnam contra inficiantem statutam. Nam si repetitioni locus, tum qui damnum dedit et æstimationem solvit, condicendo quasi ipse non dedisset damnum, posset experiri an adversario sint probationes. Et si non posset adversarius probare damnum datum, ille solutum reciperet: si posset, non quidem reciperet, pœnam tamen L. Aq. effugeret, quippe quæ irrogatur damnato ex ea lege, non ex alia caussa. Quæ solida non videntur. Neque enim si condictionem indebiti instituit, adversarii erit probare se debitum accepisse, sed condicentis se indebitum solvisse, idque per errorem; tum ex generali juris regula: Actoris est probare; tum quia adversarium sibi habet juris præsumptionem. Ratio autem nostri inde firmari potest, quod confessi in eadem caussa sunt judicatis. Illud vero mihi vix probatur, quod Donellus vult, licere convento illis actionibus, nec fateri, nec negare, item ex lege solvere etc. Posito enim ita jure, vis erit illius definitionis veterum, ut vocat *d. §. ult.* (Unde apparet rem contentiosam, et fori disputatione agitatam fuisse) nam aliquis, nemine nisi resupino et veterum non exigente simpliciter confessuro.

fessionem simplum solvit, debitum solvit. Quam ob caussam etiam jure ei denegatur actio vel ex regula communi superiore. Non est enim repetitio, nisi indebiti soluti. Atenim huic defensioni adversantur verba ipsa exceptionis, quibus nominatim comprehensum est indebitum solvi, et in hoc ipso indebito quanvis per errorem soluto denegari repetitionem. Sed exceptio loquitur de eo indebito, quod ante confessionem et solutionem fuit, et hoc declarat, etsi quid ita fuit ab aliquo indebitum, si tamen ab eo tanquam debitum per errorem agnoscente solutum sit, repeti non posse. Sic ergo res habet, quod ex his caussis post confessionem solvitur: diversorum temporum habita ratione recte dicitur indebitum, et debitum. Si spectamus caussam et originem confessionis, seu id tempus quod confessionem antecessit, sine dubio est indebitum quod solvitur ab eo qui tanquam debitum per errorem solvit. Quod si spectamus ejus confessionem et id tempus, quod inde secutum est, cœpit confessione ejus debitum fieri ex lege, quod ante erat indebitum. Atqui post id tempus secuta est solutio. Solutum igitur debitum post id tempus. Quæ caussa, ut dixi, inhibet repetitionem.

V. At etiam hic occurritur. Nam vel hoc ipsum iniquum est, ex his caussis constituere actionem adversus confitentem, et errantem, qui prius non debuerit. Semper enim redeundum est ad illud superius, quod et nobis utraque manu retinendum est, nulli ignorantiam et errorem facti nocere debere. Quo fit, ut nec debeat ita nocere: ut propter confessionem ab errore profectam incipiat debere, qui prius non debuit. Sed nihil hic iniquum constituere ex his caussis actionem in simplum adversus confitentem, quanvis non debuerit. Constituendi ratio hinc nata. Prius illud utile visum est constituere ex iisdem caussis actionem in duplum adversus infitiantem. Non sane quia gravitas delicti in his caussis id postularet; alioqui conveniebat eam pœnam adversus delinquentem constitui jam ab initio. Sed factum hoc consilio, ut apparet, ut metu pœnæ ab eo, cum quo agitur, extorqueretur statim confessio; qui cum sciret infitianti dupli pœnam propositam, si convinceretur; mallet in re dubia simplum præstare, quam sub incerto judicii eventu pœnam dupli subire. Quo nihil æquius. Sic enim fit, ut metu hujus pœnæ actor primo quoque tempore perveniat ad jus suum. Et superiores caussæ præcipue hanc æquitatem maturæ solutionis flagitare videbantur. Hoc jure posito, consequens fuit, ut constitui deberet actio ex iisdem caussis in simplum non adversus delinquentem, sed adversus confitentem quemlibet: quia si non obstringeret confitentem hæc confessio esset elusoria: quippe inutilis actori ad jus suum mature consequendum; contra quam lex factum esse voluit. Quare si prius illud utile atque æquum, necesse est et tale videri hoc posterius quod ad eandem utilitatem pertinet. Et vero quo facilius id admittamus, caret hoc jus omni injuria. Etenim si is, cum quo agitur, debet, ut confitetur, omnes intelligunt actionem adversus eum æquissime constitutam. Si non debet, tamen ne hic quidem fit ei injuria, si constituitur actio adversus confitentem: cum possit eam multis modis evitare. Nam si certus est se damnum non dedisse, non accepisse depositum, non obligari legato, potest tuto infitiari, et sine metu ullius pœnæ. Quod enim dicitur actionem esse in duplum adversus infitiantem, sic intelligendum est, si quidem postea convincatur falso negasse. *L. negantes. C. de obl. et act.* Si ignorat quid sit in re, est in potestate ejus non confiteri, ut nec pœnam infitiationis metuat. Potest enim non confiteri, et tamen nec negare, sed respondere se ignorare, et paratum esse solvere, si probetur a se deberi. Præterea licet ei solvere hac lege, ut si appareat esse indebitum, reddatur. Quo casu repetitio locum habet tanquam ob negotium contractum. *L. 2. D. de cond. ind.* Recte ergo dicimus hic constitutam esse actionem in simplum adversus confitentem: hac constituta, debitum fieri, quod prius ante confessionem erat indebitum: debito constituto consequens esse, quod traditur hac exceptione, si quid tale ex his caussis solutum sit ab eo, qui ignorans debitum agnoscat, repeti non posse. Id jam eo fieri non quod error facti illi noceat contra regulas juris, sed quod noceat debitum. Cujus soluti, quocumque animo solutum sit, nulla est repetitio.

VI. Sed meminerimus huic exceptioni tunc locum esse in iis actionibus pœnalibus in quibus pœna dupli statuitur non simpliciter ab initio; sed sub conditione, si quis infitientur; quod petitur. Aliud juris est in actionibus pœnalibus, quæ statim ab initio constituuntur ad certam pœnam dupli, vel quadrupli; qualis est actio furti, nec manifesti, item manifesti. Ex his caussis placet solutum ex falsa caussa repeti posse non minus, quam ex cæteris omnibus ex quibus jure communi solutum per errorem repeti potest. *L. eleganter, 23. §. ult.*

D. de cond. ind. Ut puta, cum diceretur filius meus aliquid surripuisse, ego ignarus a quo furtum factum esset, et tamen occurrere volens infamiæ judicii (damnatus enim furti fit infamis. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.*) statim solvi duplum aut quadruplum ei qui sibi dicebat rem surreptam. Si compertum sit postea furtum factum esse ab alio quam a filio, recte repetam per errorem solutum. Cur hæc tam varie, cum furtum sit delictum gravius quam damni culpa dati, ac propterea æquius sit furem magis teneri? *arg.* in §. *sic itaque. Inst. de act.* Sed nihil hic facit gravitas delicti ad impediendum soluti repetitionem, si is qui solvit, non deliquit, nec debuit. Debitum est, quod hanc repetitionem adimit. indebitum, quod tribuit; et in eo istius juris differentia versatur. Differentiæ igitur ratio certa hæc est, quod quibus in caussis pœna dupli aut quadrupli statim ab initio constituitur, in his nulla habita infitiationis aut confessionis ratione constituitur actio adversus delinquentem. Puta hoc modo: si quis furtum faxit, in nec manifesto dupli, in manifesto quadrupli pœna esto. Proinde si quis hic non deliquit; quia nihil adfertur ex *L.* eur is debere possit, sive neget, sive confiteatur; ideo per errorem solutum tanquam omnimodo indebitum recte repetet ex regula communi et æquissima. At jam diximus in quibus caussis pœna dupli est ex infitiatione, in his constitui simpli actionem non in delinquentem, sed in confitentem, licet non deliquerit. His verbis fieri, ut qui confessus est, quanvis prius nihil debuerit, nunc tamen sua confessione obligetur. Atque hinc videlicet inhibita soluti tanquam exinde debiti repetitio.

VII. Sed ut regulæ communis a nobis expositæ hæc exceptio est, quam modo dixi: ita etiam una non plures, Nam quæ aliæ traduntur ab Accursio ad *d. L. eleganter*, 23. §. *ult. D. de cond. ind.* et ad §. *is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* sunt ineptissimæ, atque adeo tam non sunt exceptiones, quam quod minime. Quod et nobis statuendum est, ne vagemur errore, quasi hactenus non sint complexi veteres, quæ ad hanc repetitionem pertinebant. Id autem ita fiet, si reputabimus quid sit proprium exceptionis, animadverterimusque quam nihil istorum, quæ ille scribit, haberi possit in hoc numero, si eum regula superiore conferatur. Quid est igitur exceptio? oratio quæ detrahit aliquid de regula: oratio detrahens eam rem, quæ verbis regulæ generalibus comprehensa erat, et quæ nisi inde eximeretur, contineretur jure ac definitione regulæ. Quid autem illæ, quas isti vocant hujus regulæ exceptiones? Omnes ejusmodi, quæ non modo nihil detrahunt regulæ propositæ, sed maxime eam confirmant; ejusmodi certe, quæ verbis regulæ non solum non continentur, sed etiam maxime removentur: ut valde stultum sit novis verbis excipere velle, quæ etiam non excepta non continebantur regula. Id jam ex collatione regulæ, et istarum exceptionum intelligetur. Regula hæc est, Indebitum per errorem solutum repeti potest. Si exceptio est id quod dixi, non potest ulla exceptio hujus regulæ intelligi, nisi in qua hæc omnia concurrant, ut solutum quid sit, indebitum, et solutum per errorem, quod tamen repeti non possit. Scilicet ut sic detrahatur de regula, ad quam verbis pertinebat, ac nisi exceptum esset, contineretur eadem definitione. At omnes illæ exceptiones Accursii sunt de aliis rebus omnibus, quam de indebito per errorem soluto. Aut enim sunt de debito, aut de indebito quidem, sed quod non solvitur, aut de eo quod a sciente, non per errorem.

VIII. Ait igitur, quod quis condemnatus ex caussa judicati solvi, eum repetere non posse. *L.* 1. *Cod. de cond. ind.* Recte. Sed hoc nihil ad regulam. Hæc enim est de indebito. Ex judicati caussa solutum (3) maxime debitum. Est enim judicati actio ad id exigendum constituta. *L. actori, Cod. de reb. cred. et jur. L. miles,* §. *ult. D. de re jud.* Scimus autem id maxime debitum esse, quod ab invito exigi potest. *L. debitor, D. de verb. signif.* Ait, cum deferente reo actor juravit sibi deberi, quod ex ea caussa solutum est, repeti non posse. *L. nam postea, D. de jurejur.* Vere hoc quoque. Sed quia debitum solutum est, non quia indebitum contra regulam repetatur, Nam et hic non minus actio est ex caussa jurisjurandi, quam ex caussa judicati. *d. L. actori, Cod. de reb. cred.* §. *item si quis, Inst. de act.* Quod non magis ad regulam pertinet, quam prius. Ait,

(3) Quanvis in veritate forte fuerit indebitum, tamen auctoritas sententiæ facit debitum, Duar. *h. t. C.* 11. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 27. *et seqq.* Exc. Nisi ratione novi casus emergentis æquitas indulgeat repetitionem ex caussa indebiti soluti, tum enim est condictio sine caussa *L.* 2. *de cond. si ca.* Male autem Accursius generatim sic solutum repeti condictione sine caussa, quam reprobat Vasq. *d. n.* 28. aliquot alias exceptiones subjiciens, quæ ex illo petendæ.

cum mater filiæ nomine dotem dedit se eo nomine obligatam credens, repetere eam non posse, quia etsi vere non debeat, impediat tamen pietatis caussa. *L. cum is*, 32. §. *mulier, D. de cond. ind.* Sed et hoc debitum est, ut superiora: debetur enim natura, ut ostendimus in obligatione naturali. Ait, quod quis transactionis nomine dederit, ut actor a lite discederet, repeti non posse. Et hoc quoque certi juris. *L. in summa*, 65. in pr. *D. de cond. ind. L.* 2. *Cod. eod.* Sed alia ratione ad regulam non pertinet. Datur enim hic quidem indebitum: sed datur, non solvitur. Regula autem est de indebito soluto. Solvitur, quod datur solutionis caussa, id est tanquam ante debitum eoque ob caussam præteritam, ex qua id debeatur. Quod transactionis nomine datur, non datur ulla necessitate præcedente cogente, sed ob caussam futuram, ut a lite discedatur. Quæ caussa cum secuta est, satis est caussæ ad datum retinendum, quanvis nihil ante debitum fuerit, *d. L. in summa, de condict. ind L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Potremo ait, eum repetere non posse, qui sciens indebitum solvit. Nihil verius. *L. indebitum, Cod. de condict. ind.* Sed non magis hoc ad regulam, quam superiora, cum regula concepta sit de indebito soluto per errorem. Quæ cum omnia tam aperte ad regulam non pertineant, valde stultum est ea excipere a regula, quæ non modo ea non contineantur, sed etiam excludantur. Suntque omnino exceptiones similes his, si quis dicat indebitum solutum repeti posse, nisi sit debitum: aut si leget omnes libros quos habet in bibliotheca, exceptis statuis et imaginibus, quasi scilicet quisquam tam esset stultus, qui putaret debitum indebiti appellatione, aut statuas appellatione librorum contineri, ut hæc ex prioribus excipi oporteret. Neque vero ex caussa judicati solutum exeipi a regula putandum est in *L.* 1. *Cod. de cond. ind.* eum ita scribitur: *pecuniæ indebitæ per errorem, non ex caussa judicati solutæ esse repetitionem.* Hæc enim verba, non ex caussa judicati, non exceptionem habent, sed adversativam orationem, qua significatur indebiti per errorem soluti repetitionem esse; non autem soluti ex caussa judicati, quod est debitum, non Indebitum. Sic nec excipitur transactionis caussa datum in *L.* 2. *C. eod.* cum dicitur promissum per errorem ab eo, qui non debeat, condici posse, nisi ex caussa transactionis id factum sit. Nam promitti quid potest, et ob caussam præteritam tanquam debitum, et ob caussam futuram, ut a lite discedatur, id est transactionis caussa, ut cum verbis definitionis superioribus contineatur transactio, apte hæc inde excipiatur.

IX. Atenim dicet aliquis, constat ex superioribus caussis cessare repetitionem. Unde igitur id intelligemus? Non sane ex exceptionibus, quæ nullæ esse possunt, cum verbis regulæ nihil contra positum fuerit; sed verbis ipsis regulæ, quibus superiorum omnium repetitio excluditur. Cum enim dicimus indebitum repeti posse: aperte quidquid est debitum, excludimus. Cum dicimus repeti posse solutum; satis excludimus transactionem, et quidquid est, in quo quid non tanquam debitum datur, sed alia de caussa. Sic et eum volumus repeti posse, quod solutum est per errorem, quis non videt hoc verbo excludi solutum ab eo, qui sciat indebitum? Ratum sit igitur superioris regulæ de repetitione indebiti positæ, unam illam exceptionem esse, quam modo diximus.

X. Quo cognito summa jam hæc erit de repetitione indebiti soluti, id est eorum, quæ ob caussam præteritam necessariam data sunt. Quod ob caussam præteritam necessariam, id est tanquam debitum datum est, sic repeti posse, si hæc quatuor interveniant, ut quid solutum sit, ut indebitum, ut solutum per errorem, ut per errorem facti. Si quid horum deerit, cessare repetitionem, ut in singulis his membris ostendimus. Si concurrent omnia, repetitionem esse, quam quærimus, præterquam si quid solutum sit ex iis caussis, in quibus lis crescit in duplum per inficiationem. Quanquam etiam in his ipsis, si vere judicare volumus, locum habere potest sententia regulæ communis: quia in his post confessionem debitum solvitur etiam ab eo, qui prius non debuit.

CAP. XVI.

Repetitionem indebiti non in vindicatione esse, sed in actione in personam, quæ est condictio indebiti. Hanc esse ex obligatione: obligationem ex contractu: contractum ex genere eorum, in quibus obligatio re contrahitur: et quantopere expediat id ita statui de contractu.

Actio ad indebiti repetitionem prodita non vindicatio est, sed condictio. Qui hujus definitionis effectus. I. II.
Condictio ista ex obligatione; obligatio ex eo genere contractuum qui re perficiuntur. III.
Quorsum spectet diligens superioris obligationis perquisitio. IV.
Obligationem hanc ex re nasci. V.
Veterum dissensio, an ex contractu noscatur, aut ex quasi contractu. VI.
Quam utilis hæc quæstio. VII.
Eam obligationem ex contractu nasci multis ostenditur. VIII. IX. X. XI. XII. XIII. XIV. XV.

I. Constituta est ex sua caussa indebiti soluti repetitio. Deinceps, quæ hujus repetitionis nomine actio sit, cognoscamus. Utrumne actio in rem, an in personam; et si in personam, unde et cujus generis obligatio sit, quæ hanc actionem pariat. Et ante omnia hoc statuamus dum ab eo, qui accepit, fortum absit, nullam indebiti repetendi nomine actionem in rem esse ei, qui solvit, quasi is re soluta etiam nunc soluti dominus manserit. Nam, ut jam aliquoties diximus, qui solvit per errorem, dum in hoc errore hoc animo est, ut rem suam transferat in accipientem, tradendo transfert, transferendo dominus esse desinit §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Quo facto, eadem opera actionem in rem, si quam prius habuit, amittit, ut quæ non alii competat jure civili, quam domino *L. in rem, D. de rei vind.* §. *sed istæ, Inst. de act.* Restat igitur, ut si qua hic actio est, sit in personam, quando non plura genera sunt actionum, quam hæc duo, in rem, et in personam, §. 1. *Institutiom. de action. L. actionum, D. de obl. et action.* Et est omnino hic actio in personam, condictio indebiti, videlicet hoc nomine constituta. §. *is quoque Inst. quib. mod. re contr. obl. L.* 1. *C. de cond. ind.* Unde et *Titulus D. et C. de condictione indebiti.* Scimus autem ut actio in rem vindicatio dicitur, sic omnem in personam condictionem appellari. §. *sic itaque Inst. de act. d. L. actionum, D. de obl. et act.* Atque hæc ipsa hic constituta, hoc ipso etiam vindicationem excludit, ut declaratur in *L. dominus*. 53. *D. de cond. ind.*

II. Effectus hic est, ut si is qui indebitum solvit, non possit suum consequi ab eo qui accepit, aut heredibus ejus, quia forte solvendo non sint, res soluta illi perierit: ut quanvis extet et reperiatur apud alios possessores, non possit tamen ab his persequi, quia non sit ei actio adversus eos, cum quibus nihil negotii gessit, nisi in rem: hanc autem actionem de indebito soluto competere negemus.

III. Et quoniam hic condictio est, seu actio in personam, simul intelligimus esse ex obligatione, proinde et adversus eum, qui ea obligatione teneatur, *d.* §. 1. *Inst. de act. d. L. actionum, D. de obl. et act.* Unde igitur hæc obligatio? cum nulla hic sit, nisi ex una aliqua earum caussarum, quæ initio constitutæ sunt, contractu, quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio? Diximus esse ex contractu, et eo genere contractus, in quo obligatio re contrahitur. Quæ et caussa nobis hujus generis obligationem in hoc genere contractuum numerandi.

IV. Quam recte, paulo pluribus discutiamus, ne hujus obligationis et repetitionis caussa ignoretur: ignota etiam alios locos de ea scriptos; ordinem Pandectarum et Codicis in contractibus recensendis; divisionem adeo ipsam obligationum ex quatuor illis caussis superioribus ductam non solum in dubium vocet sed etiam evertat.

V. Et obligationem hic ex re nasci similiter ut in mutuo, diserte (1) scriptum est in §. *is quoque, Inst. quib. re contr. obl.* Et recte: non enim prius quis obligatur ex hac caussa, quam res ei data fuerit solutio-

(1) Cujac. 8. *Obs.* 34. indebitum solutum vocat Promutuum, quia magna illi cum mutuo convenientia, vid. Vult. *in* §. *item is*, 4. *I. de O. Q. ex contr. n.* 2. Quanquam nec in eo cum mutuo conveniat, quod solvitur indebitum, non tantum in quantitate, sed etiam re ac specie.

nis caussa, ut initio diximus; idest non prius, quam res data illlum præbuerit obligationi. Quod et repetitionls, et restitutionis verba hujus actionis propria satis ostendunt. Non enim potest natura res restitui, nisi quæ prius accepta sit. Et de hoc convenit inter omnes.

VI. De illo ambigitur, sitne obligatio ex contractu; quæ ideo huc pertineat, uti posuimus; an vero ex quasi contractu, ut propterea in eum ordinem potius a nobis redigi debuerit. Rem dubiam fecerunt non tam res ipsa, quæ mihi quidem contractum certo hic statuere videtur, quam veterum sententiæ, quæ de hac re in libris nostris ad nos pervenerunt. Julianus quidem et Pomponius non obscure declararunt hoc se sentire, in indebito per errorem soluto nasci obligationem inter dantem et accipientem ex negotio inter illos gesto, tacite quidem; attamen ex negotio inter ipsos gesto, idest ex contractu. Ille in *L. si in area*, 33. *D. de cond. ind.* hic in *L. is qui*, 13. in fin. *D. commod.* Atque ex hac sententia est etiam collocatio hujus caussæ inter eas obligationes, quæ re contrahuntor, eum in *Pandectis*, tum in *Codice*. Subjicitur enim mutuo: sequuntur alii contractus ejusdem generis, ut Commodatum, Pignus, Depositum, Nec dubium, quin ex eadem sententia et collocatione natum sit, quod inter has ipsas obligationes nominatim relata est hæc caussa in *d. §. is quoque, Inst. quib. mod. re contr. obl.* Sed dissentiunt Cajus et Justinianus, quorum uterque negat ex contractu esse, sed magis esse ait ex quasi contractu, seu ex distractu. Ille in *L. 5. §. is quoque, D. de obl. et act.* hic in *d. §. quoque* in fin. *quib. mod. re contr. obl. et §. pen. Inst. de obl. quæ quas. ex contr.* Utrum ergo verius? Et sunt sane superiora illa Caii et Justiniani verbis ita scripta, ut si liceret ea sequi sine ulla interpretatione, non putarem morandum diutius, quin ultro et statim idem idem sequeremur. Nam de superiore collocatione, et aliis locis non ita diserte scriptis non deesset fortasse quod posset responderi. Sed quominus illa ita simpliciter sequamur, nimium multa prohibent. Quæ res facit, ut putem de eo nonnihil considerandum diligentius.

VII. Dixerit aliquis, otiosam esse hanc quæstionem, sitne hæc obligatio ex contractu, an vero ex quasi contractu. Nam si is qui indebitum accepit, nobis obligatur ad id reddendum, quid interest ad rationem juris utrum dicatur obligari ex contractu, an quasi ex contractu; cum sive hæc, sive illa caussa fuerit, æque actor suum consequatur, id quod solum quærimus? Multum vero interest omnibus modis. Primum ad certitudinem juris constituti. Nam cum nulla sit obligatio nisi ex certis caussis, non potest quisquam certo statuere se tenere aliquam obligationem, nisi qui, certam caussam, unde illa nascatur, noverit. Sed et ad æquitatem juris constituti, eoque ad studium ejus retinendi pertinet posse ejus juris expedire rationem. Atque hæc ex caussa obligationis introductæ solum petitur. Neque vero ad hanc rationem et caussam juris parum interest, utrum dicamus obligationem ex contractu esse, an vero ex quasi contractu. Nam qui ex contractu esse dicit, dicit esse ex conventione, optima et æquissima caussa obligationis introducendæ. Qui dicit ex quasi contractu, ex conventione esse negat: simul obscuram æquitatis quæstionem introducit, cur sine conventione, atque adeo contra quam is qui solvit, sentiebat, id est contra ejus conventionem hæc obligatio sit introducta. Tum autem ad effectum etiam juris, quem hic quærimus, id est ad obligationem ipsam inducendam, multum interest utrum hic contractum esse placeat, an quasi contractum. Nam si dicimus hic contractum esse, jure optimo nascetur obligatio, quia conventione id actum est, ut fit in contractu. Sin contractum negantes, solum quasi contractum hic agnoscimus; non statuimus obligationem, sed tollimus, ut postea patebit. Quæ si ita sunt, non modo non est otiosa hæc quæstio, utra ex caussa ista obligatio sit; sed etiam necessario faciendum est, ut de ea certi aliquid statuatur, si obligationem, quæ hic quæritur, aut omnino, aut certe justam habere volumus.

VIII. Ego autem sic statuo obligationem hic nasci ex (2) contractu; ut vero ex quasi contractu aut ex distractu nascatur, neque regulas juris, neque adeo naturam rei ullo

(2) Consentit ex parte Mozz. *de Cond. ind. C.* 1. *n.* 2. *et* 3. Si rem accuratius expendamus, putat is, contractus hic non distractus. Nam licet distrahendi adsit animus, tamen actus ab effectu potius denominandus. Ac licet animus verus deficiat, tamen ex conjectura a lege inducitur et a priori deficit, ex post facto non item. Imperator vocat distractum, respectu animi dantis, alio respectu imo contractum statuit, quia inter contractus refert. Ita Mozz. Rain. Cors. 1. *Indagat.* 31. respectu accipientis contractum esse statuit, respectu dantis quasi contractum. Sed a recepta sententia illustribus Imperatoris, et IC. Caii testimoniis subnixa recedendum non est, quæ im-

modo pati posse. Ex contractu esse, non temere, aut quidquam innovandi studio dicimus, sed adducti iis rebus, quæ hanc sententiam non tam evincant, quam extorqueant: conventione contractus propria, quæ in indebito solvendo tacite interponitur de re reddenda; veterum aliorum auctoritate, qui hoc ipsum confirmant: in primis autem necessitate hujus sententiæ, qua non admissa, secundum regulas juris obligatio nasci non potest.

IX. De conventione sic jus est. Si id quod indebitum tanquam debitum per errorem solvitur, datur hac conditione, ut reddatur si est indebitum; non potest, quin hic sit obligatio ex contractu, quæ est ex negotio gesto, et conventione. Est enim contractus duorum pluriumve consensus atque conventio in hoc, ut unus alteri quid det, aut faciat; si est consensus jure ad obligationem comprobatus, ut supra contractum definivimus. Atque hæc tunc maxime comprobatio est, cum non convenit tantum, ut dares aut faceres, sed prius tibi datur quid ea lege, ut vicissim des aut facias, ubi negotium civile geritur. *L. solent*. in fin. *D. de præscr. verb. L.* 2. *D. de cond. ind. L. legem*. *C. de pact.* At quisquis indebitum solvit per errorem, is dat hac conditione et conventione tacita interposita, ut reddatur, si est indebitum: et qui solutionis caussa tanquam debitum accipit, eadem ista lege et conventione accipit. Quare si qua hic obligatio est ad indebitum reddendum, ea est ex contractu omnino, quia ex conventione, non aliunde.

X. Et si de conventione probatur, quod diximus, res est expedita. Atqui hoc ipsum est, de quo dubitatur; et solum, quod alii sumunt ad contractum hic rejiciendum. Negant enim hic ullam esse conventionem de soluto reddendo. Et certe secundum id, quod aperte verbis agitur, non modo non exprimitur aut significatur verbis ulla ejusmodi conventio, sed etiam aperte repudiatur. Qui enim solvit, ipso solvendi verbo id agere intelligitur, ne unquam repetat. Id enim agit, ut liberetur. Quod non contingit ei, qui sic solvit, ut recipiat. *L. qui sic*, 55. *D. de solut.* Sed hoc ita est, inquam, si id spectemus tantum, quod aperte et secundum verba agitur. Enimvero inest hæc conventio ex sententia contrahentium: eaque sententia ex verbo solvendi et ex errore solventis non obscure colligitur. Quisquis indebitum solvit, etiam si simpliciter solvat, tamen eodem isto verbo solvendi significat se dare hac conditione, si sit debitum. Dat quidem, ut ante dixi, eo animo, ne unquam repetat; verum non omnimodo et simpliciter; sed hac conditione, inquam, si sit debitum, quod solvit. Quippe inest natura in hoc verbo hæc ipsa conditio: cum non possit solvi nisi quod debetur. Ex hac porro conditione est illa conventio tacita, quæ præter id, quod aperte agitur, colligitur, et necessario colligitur per contrarium. Quidquid enim sub conditione datur, sub contraria conditione nec dari; aut si errore transfertur, sub contraria conditione revocari intelligitur. Ut et contra quod adimitur sub conditione, sub contraria conditione dari intelligitur. *L. quibus*. 40. §. 2. *L. aliquando*, *D. de cond. et dem.* Quocirca qui solvit indebitum sub hac conditione, si debitum est, intelligitur eadem opera sub contraria conditione non dare: aut quoniam in præsentia dominium transfert propter errorem,

merito hic e Donello absurditatis et inconcinnitatis arguitur. Quin imo, ut recte Hotom. in §. *item is* 4. *I. de O. q. ex contr.* nulle aliarum obligationum ex quasi contractu, a natura contractus alienior. In aliis scientia, in alterutro et ex una parte verus et apertus consensus, sive animus se obligandi. (Consensus enim si presse loquimur, unius esse nequit.) Nam negociorum gestor, tutor, heres, eo ipso quod negocia gerunt, tutelam administrant, hereditatem adeunt, in obligationem, quam subeundam sciunt, consentiunt. Hic vero scientia in neutro, ideoque nec consensus adest, quem ignorantia excludit. Mens in contractibus ac voluntas præ verbis maxime attendenda *L.* 219. *de V. S. L.* 34. *de R. I.* Atqui hic solvens plane non est ea mente, ut sibi alterum obliget, sed ut obligationis vinculo, quo falso se teneri putat, liberet, idque aperte agit. Nec tacitus animus repetendi potest expresso esse contrarius, et in idem tempus in eundem concurrere. Quin imo si scienti non prodest verum propositum repetendi *L.* 50. *h. t.* minus in ignorante fictum, contractum efficit. Quid quod sæpe accipiens non obligatur ei qui numeravit, sed alii qui nec ipse solvit, nec etiam ejus nomine solutum est, idque sine ulla actionum cessione, ut in speciebus *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *et seqq. h. t.* vid. *infra C.* 18. *N.* 6. Ex contractu autem vero, alteri quam qui contraxit nulla obligatio quæri potest. *L.* 38. §. 17. *de V. O. supra Lib.* 12. *C.* 16. Unde apparet hic ex re actionem venire, nec spectari personam intentionemve solventis, sed æqui ac boni rationem, quæ alterum cum alterius detrimento rem suam augere non sinit. *L.* 14. *h. t.* Datur enim non ultra quam accipiens locupletior. *L.* 26. §. 12. *h. t.* Atqui si ex conventione esset, daretur in solidum.

intelligitur hoc dicere, si indebitum est, se datum nolle, proinde et reddi velle, si indebitum esse apparuerit. Et ut propter solvendi verbum hoc dicere intelligitur, qui solvit: ita et qui eodem solutionis nomine accipit, eadem plane lege accipere intelligendus est. Quæ res mutuum consensum, et conventionem de re reddenda efficit. Quamobrem et si qua hinc obligatio est, erit utique ex conventione. Quod si ex conventione, etiam ex contractu: cum, ut dixi, contractus sit conventio omnis, quæ obligationem parit: maxime autem si quid datum est ea lege, ut vicissim quid fieret, ut hic accidit.

XI. Nec quem moverit, quod hæ conditiones non exprimuntur verbis: multoque minus conventio superior. Satis est conventionem tacite inesse, eamque intelligi vel ex sententia contrahentium, ut non minus idem efficiat. Nam et quæ tacita conventio est, non minus conventio est. Et prætor edicto de pactis generaliter pollicetur se pacta conventa servaturum. Denique ita jus receptum est, ut non minus (3) tacitæ conventiones valeant, quam verbis nuncupatæ, seu expressæ. *L.* 4. *D. de pact.* Ex quo et illud Pomponii, semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse. *L.* 3. *D. si cert. pet.* Quod agitur, id est, id de quo contrahentes senserunt, etiam si verbis non exprimatur. Pro cauto habendum, id est pro verbis nuncupato, et nominatim promisso. Sit ergo ut proposui, obligatio de indebito reddendo ex contractu, quia ex conventione. Nec eo minus ex conventione, quia conventio est tacita, et quia ex sententia magis, quam ex verbis (quod in extremo paulo pluribus attingemus.) Cum omnis conventio sive quæ expressa est, sive quæ tacita, tantundem valeat ad obstringendam fidem. Sit eadem obligatio ex negotio gesto, postquam res datur hac lege, ut reddatur. Id est datur quid, ut vicissim facias.

XII. Et si hoc hactenus ex delinitione contractus huic negotio congruente recte dicitur: dicerem tamen timidius, nisi animadverterem veteres alios hoc idem partim sensisse, partim etiam pene diserte scripsisse. Collocatio atque ordinatio edicti perpetui, banc fuisse (4) veterum sententiam de indebiti obligatione, clare ostendit. Eorum dico, qui edictum perpetuum ordinarunt, et ejus edicti ordinem sunt secuti. Relata est enim, ut dixi indebiti repetitio et obligatio inter eas obligationes, quæ re contrahuntur, ut ex collocatione *Titulorum Digestorum* et *Codicis* apparet. Vitiose, si et hæc obligatio non est ex contractu. Et eo vitiosius, quia præter institutum, cum in edicti ordinatione sibi proposuerint proximos atque conjunctos *Titulos* inter se connectere, ut est in *L.* 2. *D. de stat. hom.* Quod si hæc nullorum veterum sententia fuit, cur Justinianus in Institutionibus sub Titulo *Quibus modis re contrahitur obligatio* §. 1. obligationem indebiti in hoc genere recensuit? cur non aperte id dixit, quod res erat,

(3) Distinctio duplex acceptionis *vox taciti* hæc diluenda. Tacitum quandoque opponitur expresso ac verbis declarato, et significat quod certum est voluisse contrahentes, licet aliunde quam ex verbis colligatur. Sic tacita conventio requirit consensum utriusque, saltem re et facto aliquo declaratum. Is autem ignorantis nullus *l.* 15. *de jurisd.* nec ignoti ulla cupido. Sic *in L.* 13. *de reb. cred.* est tacita conventio, non opposita apertæ, sed verbis expressæ quia imo aperte in mutuo hoc agitur ut res eadem bonitate reddatur. Quandoque opponitur aperto et significat præsumptum aut legis fictione intellectum, ejusque potestate, contra naturam sæpe gesti, inductum. Sic in negociorum gestione ejus cujus absentis negocia geruntur consensus adest tacitus, id est præsumptus oppositus aperto. Nam et quasi contractus tacito et præsumpto consensu fiunt, Gœd. *ad L.* 12. *de V.* 5. *n.* 7. Jac. Gourre. *ad L.* 2. *C. de rescind. vend. pag.* 16. Non autem adest tacitus is consensus, qui facto declaratus, quippe opponitur expresso. Hoc sensu tacita conventio in invectis illatis in urbanas habitationes, ut sint pignori *d. L.* 4. *de pact.* quæ scilicet a lege intervenisse fingitur, domino etiam res illatas esse, nesciente. Ideoque vera non est conventio. Qui enim potest videri convenisse, qui ignorat? Sed præsumpta, quæ pro pactiona habetur, ut apparet *junct. L. ult. C. In quib. Ca. pig.* ibi *Tali enim justa præsumptione* etc. vid. A. Fab. 60. *Err. Prag.* 8. *et* 10. Sic dicitur tacita hypotheca, tacita stipulatio pro dote etc. Et hic igitur tacita conventio, id est non aperta, facto declarata, sicut alias sumitur, sed præsumpta: non ex sententia dantis et accipientis; si enim ita sentirent, ille non solveret, hic non acciperet, arg. *L.* 3. *de compens.* sed ex juris interpretatione, quæ ob benignitatem conventionem illam intervenisse fingit. Veri autem contractus verum et apertum, non præsumptum, consensum exigunt.

(4) Non hæc ratio compositores permovit, alias Tribonianus et adjuvæ ab Imperatore suo secessionem et sententiæ divortium fecissent, quod ab omni specie veri alienum: sed quia ratione effectus cum mutuo convenit, cum perinde uti in realibus contractibus numerationem pariendæ obligationi intervenire necesse sit, vid. Vult. in §. 4. *I. de O. q. ex contr. n.* 4.

et eam retulit solum inter eas obligationes, quæ quasi ex contractu nascuntur, ut fecit Cajus, qui negabat esse ex contractu? *L.* 5. *§. is quoque*, *D. de obl. et act.* Sed apparet ab eo factum esse, quia metuit reprehensionem, nisi faceret. Reprehensionis autem metus non aliunde esse potuit, quam ex vulgata illa opinione veterum, ordinatione edicti perpetui confirmata, qui obligationem indebiti in hoc genere ponebant. Et tamen sic ex illorum sententia hanc obligationem in eodem genere retulit, ut declararet se non ignorare, quid de eo vulgo receptum esset, cæterum ostenderet ad extremum se propensiorem esse in Caii sententiam, qui eam obligationem proprie ex contractu esse negaret.

XIII. Sed sit sane hoc levius. Dici enim potest non semper in ista collocatione Titulorum edicti perpetui veteres rectum ordinem generum in caussis obligationum tradendis esse secutos, ut non sit mirum, si et in hac specie idem illis acciderit. Ne ergo desit certior auctoritas, hoc ipsum quod dicimus, prope diserte expressit Julianus in *d. L. si in area*, *D. de cond. ind.* Disserit enim eum qui in area aliena ædificasset, si ædes non possideret, nullam exceptionem habere. Obstabat ei, quod is, qui non debitam pecuniam solvit, habet repetitionem. Et merito quis hoc adversari existimet. Nam et qui errans ædificat in alieno, et qui errans alii solvit, ambo aliquid facto conferunt in alium, ille impensas ædificii, hic pecuniam solutam: et ambo non hoc animo, ut repetant propter errorem. Cur ergo si hic repetere potest, ille non possit? Et Julianus differentiæ rationem reddit his verbis, quia nullum negotium contraheretur inter ædificantem, et dominum areæ: qui autem non debitam pecuniam solvit, hoc ipso (5) aliquid negotii gerit. Distinguit ergo istos in his quæ gerunt, et hæc eorum facta inter se opponit. Quare si prior ideo nullam repetitionem habet, necesse est intelligi contraria de caussa posteriorem habere, quia negotium gerit, id est contrahit. Alioqui si sine contractu factum aliquod in his spectandum est, tam is gerit, et in dominum confert, qui sumptibus suis ædificat, quam qui solutione idem efficit. Sed etsi hoc non sentire intelligeretur ex præcedentibus: tamen usus juris hanc esse per se significationem eorum verborum satis ostendit. Negotium geri inter aliquos locutio est Jurisconsultis usitata, qua significant rem aliquam geri non simpliciter: sed ita, ut inde obligatio ex re gesta contrahatur: cum scilicet unus dat alteri, ut ille vicissim quid det aut faciat: ex qua conventione exsistit contractus, nec contractus quivis, sed is, cui res tradita initium obligationi præbet. Indicant hi loci. *L. solent*, in fin. *D. de præscr. verb.* *L. in commodato*, *§. sicut*, *D. commod.* Nihil mutat de hac sententia, quod Julianus in *d. L. si in area*, *de cond. ind.* non dicit plene eum, qui indebitum solvit, negotium gerere, sed tantum aliquid negotii gerere. Vere enim non gerit per omnia, sed solum negotii aliquid, ut tamen nihilominus verum sit hac parte nasci obligationem restituendi ex negotio gesto. Qui enim indebitum solvit, quatenus putat se debere, nullum omnino negotium gerit, utpote in hoc errore ita animo comparatus, ne unquam repetat. At quatenus tacite hoc animo est, ut repetat hac conditione, si sit indebitum, eatenus est illud aliquid negotii quod gerit. Quod ipsum satis est, ut inde dicatur obligatio nasci ex negotio gesto, id est ex contractu. In qua sententia cum fuerit Julianus, non mirum, si ipse qui conditor id est compositor, et ordinator edicti perpetui fuit (sic enim vocatur a Justiniano in *L.* 2. *§. si quid igitur*, *C. de vet. jur. enucl.* et *L. pen. C. de cond. ind.*) ordinem sententiæ suæ congruentem instituerit, ut inter eas obligationes quæ re contrahuntur, hanc quoque referret, ut factum videmus.

XIV. Non aliud sensisse se de indebiti obligatione Pomponius ostendit in *d. L. is qui*, 13. (6) *§. ult. D. commod.* Ait enim, cum per errorem indebitum solvendi caussa datur, id accidere, ut extra id quod agitur,

(5) Resp. Aliquid negotii respectu scilicet ejus, qui in aliena area ædificat, qui nec ex vero nec ex quasi contractu obligat alterum. Negotium sane geritur et in quasi contractibus, ut evincit *t. tit. de neg. gest.* et ob similitudinem aliquando, quasi contractus, appellantur contractus *L.* 49. *de O. et A. L.* 16. *de neg. gest.*

(6) Atqui videtur, in specie *d. §. ult.* non verus, sed quasi contractus celebratus, per *L.* 19. *§.* 2. *de neg. gest.* Unde Gifan. *ad L.* 54. *de aq. do. n.* 14. referri putat *in d. §. ult.* non probari Celsi opinionem. Sed Pac. 2. Q. 59. distinguit an plane ex necessitate servili fecerit mandatum putans se servum esse ut tunc sit negotiorum gestorum actio *d. L.* 19. *§.* 2. an sponte et sciens se liberum, ut tunc agatur Mandati etc. *d. L. ult.* Argumentatio autem ICti talis. Si quandoque obligatio nascitur etiam extra id quod agitur, ubi plane nihil conventum est; magis nascetur, ubi hoc animo fuit qui libero, pro servo habito commodavit, mandavitve ut reciperet, utque mandata fierent, tametsi

tacita obligatio nascatur. Quam hic vocat tacitam obligationem, aut quomodo hic tacita obligatio, quæ apertis verbis juris constituta est? Jus enim aperte ita constitutum est, enim qui indebitum accepit, re obligari perinde, ac si mutuum accepisset. §. *is quoque Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Perspicuum est hic obligationem non dici tacitam propter se, cum sit aperte constituta: sed propter conventionem reddendi, quæ est in eo, cum indebitum per errorem solvitur. Hæc autem est tacita, non expressa. Unde ex origine et caussa obligationis ipsa obligatio tacita appellatur. Sed nihilominus conventio inest: et quia conventio, ideo obligatio ex conventione, proinde et ex contractu. Id autem sentire Pomponium eo loco ex præcedentibus et ex genere argumenti, quo utitur in ea re, liquido intelligitur. Statuit enim prius idque propositum est ei docere, si quis libero homini, qui bona fide ei serviat, suum servum putans aliquid commodaverit, aut eum jusserit quid facere; quanvis non ea mente hæc omnia ut cum obligatum hab. ret; tamen eum qui ista fecerit, habere liberum istum hominem obligatum: et si paruerit, postea eum hominem vere liberum habere adversus eum actionem. At quam? commodati, mandati, præscriptis verbis. Quæ omnes sunt ex contractu. Atqui cum id indigeret probatione, probat exemplo ejus, qui indebitum solvit, qui et ipse propter errorem nihil minus cogitat, quam eum obligatum habere. Habet tamen præter id quod aperte agitur, tacitam obligationem constitutam. Prius ergo statuit ex hoc negotio contrahi hanc ipsam obligationem, ut sit et inde obligatio ex contractu, quo idem fieri in specie priore recte colligat. Ait quidem ex indebito soluto esse tacitam obligationem, idest tacitam conventionem, propter quam sit obligatio, ut ante exposui. Sed non minus inde obligatio est ex contractu. Esset enim contractus sine dubio, si expresse intervenisset conventio de indebito reddendo. Jam autem dixi tacitam conventionem non minus valere.

XV. Hæc etsi ita sunt, tamen non laboraremus, et superiora ista contemni possent, nisi necesse esset ex regulis juris obligationem hic admitti ex contractu. Nunc autem necesse est id statui, si aliquam obligationem hic esse volumus, ut volumus. Regula juris est usurpata ab eodem Juliano in (7) *L. non omnis. D. si cert. pet.* non omnem numerationem obligare eum, qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Quod eam significationem habet, si quis det pecuniam aut rem aliam non hoc animo, seu non id agens, ut accipientem vel ad aliud præstandum, vel ad idem reddendum sibi obliget, illic nullam nasci obligationem. Non dico ex contractu, sed nullam nullam omnino, idest neque ex contractu, neque ex alia caussa. Quod et confirmatur pene diserte in *L. in hoc judicium*, 14. §. 1. illic, *diversum est enim D. com. divid.* Quare si idem admittimus in indebito soluto, ut qui solvit, det seu pecuniam, seu quid aliud non id agens, ut repetat, seu ut eum qui accipit, ad reddendum aut quid aliud, præstandum sibi obliget, non aliud dici potest, quam nullam hinc obligationem nasci. At volunt omnes nasci adversus eum, qui indebitum accepit, ut reddat. Necesse est igitur prius illud statui, etiam in indebito solvendo id agi, ut qui accepit, ad reddendum obligetur. Quod si in indebito solvendo id agitur inter dantem et accipientem: fit, quod supra dixi, ut nascatur hæc obligatio ex contractu et negotio gesto, quia ex conventione. Ita non magis certa ratione, et authoritate veterum ducimur in hanc sententiam, quam necessitate obligationis statuendæ eam sententiam sequi cogimur, dum hæc lex ponitur dationi et numerationi omni, ut nisi conventio interponatur de obligando eo, qui accipit, nulla hinc obligatio nascatur.

non putaverit obligationem civilem orituram, ob incapacem servi personam.

(7) Sed *d. L.* 19. *pr.* accipi debet secundum subjectam materiam. Deinde hic non agitur vere aut ex voluntate contrahentium, sed ex fictione juris, quæ tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in vero. Casus autem *d. l.* 14. §. 1. nostro maxime affinis. Nam posita Donelli interpretatione aliam is qui in rem alienam, quam suam falso putavit ex errore impendit, videretur hoc tacite egisse, ut si res sua non sit, repetat impensas, quia certe si alienam scisset, non impendisset. Atqui dicitur noluisse obligare eum in cujus res impendit. Et negatur actio, quia nulla ibi, uti hic, a lege fit interpretatio et fictio consensus repetendi.

C A P. XVII.

Falsum esse condictionem indebiti esse ex distractu, eoque ex quasi contractu, aut aliunde, quam ex contractu. Et responsum de sententia Caii et Justiniani, qui contrarium scripserunt.

Errare illos qui indebiti condictionem ex distractu magis esse assumunt: proinde non ex contractu, sed ex quasi, aut aliunde esse colligunt. I.

Ratio. II. III.

Erroris caussa refellitur. IV. V.

Aliorum defensio proponitur. VI.

Refutatur. VII. VIII.

I. Sed opponitur nobis manifesta sententia Caii in *L.* 5. §. *is quoque*, *D. de obl. et act.* Justiniani in *d.* §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re contr. obl.* et in §. *penult. Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* Nam Cajus diserte scribit, non posse intelligi eum, qui ex caussa indebiti soluti tenetur, ex contractu obligatum esse, quoniam qui solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo, quam contrahendæ dare videatur. Ideo inter obligationes, quæ ex quasi contractu nascuntur, hanc speciem retulit. Idem apud Justinianum scriptum legimus in *d.* §. *is quoque*, *quibus mod. re contr. oblig.* Quam sententiam idem Justinianus velut interpretans sic pluribus explicat in *d.* §. *penult. de oblig. quæ quas. ex contr.* ut dicat ideo hanc obligationem ex contractu non esse, quia potius sit ex distractu. Probet autem ideo ex distractu esse, quia qui indebitum per errorem solvit, videatur dare, ut distrahat potius negotium, quam ut contrahat. Quid ergo ad ista tam aperte scripta dicimus? Et quando hic non de jure mutando, quod potius adstruimus, sed de superiorum collectione agitur: Liceat bona pace magnorum virorum dicere id quod res est: non habere me hic aliud, quod respondeam invitus, quam eos non potuisse quidquam magis falsum dicere, quam quod sumpserunt, nec ad id probandum adferre potuisse ineptiorem rationem. Quorum utrumque, tam est in promptu, ut turpe putem in jure versanti non animadvertere, aut intelligenti et veri studioso etiam dissimulare. Non est, inquiunt, hæc species ex contractu, quia hoc sumunt potius esse ex distractu. Quod sane, si verum esset, recte colligunt, ut sit hæc ratiocinatio futura, si res explicetur. Quæ obligatio ex distractu est, non potest intelligi ex contractu esse contraria enim sunt distractus et contractus. At obligatio indebiti per errorem soluti est ex distractu. Non potest igitur ex contractu esse intelligi. Recte, inquam, sic colligitur, si modo verum sit, quod sumunt hanc speciem obligationis esse potius ex distractu. At (1) hoc tam falsum est, ut in eam rem, de qua agitur intuenti magis mirum videri possit, ni falsitas ultro in oculos incurrat.

II. Qua de re enim nunc agitur? An non de indebito soluto? Et quid est indebitum, nisi id cujus præstandi nulla est obligatio? Sic jam igitur argumentari licet, non subtili aliqua et recondita ratione longe accersita, sed facili et in medio posita: Non potest per rerum naturam ibi distractus esse, ubi nulla obligatio præcedit, quæ distrahatur. Et generaliter sic res habet, ut nulla possit esse privatio, nisi ejus rei, quæ privatione tollitur: puta non rumpi testamentum, nisi quod ante fuit. *L.* 5. *D. de injust.*

(1) Gravem hic Imperatori et ICto injuriam facit Donellus alienissimum illis sensum affingens. Neuter sic arguit: obligationem non ex contractu esse, quia solvens indebitum vere distrahat, sed quia distrahere voluerit. Quod et Theoph. sic enunciavit: *Quis enim contractum vocet, cum animo debitum agnoscentis et obligationem dissolvere volentis, erroneam solutionem facio.* Sane Imperatori nec in mentem venisse ut verum distractum statueret, id convincit quod inter quasi contractus refert. Quid autem contractui similius quasi contractu? quid dissimilius et repugnantius distractu? Nec igitur ex eo quod dicit Imperator animum distrahendi habere indebitum solventem, quisquam inferat eum sensisse quod vere distrahat. Uti enim sola numeratio non facit, ut sit contractus, propter defectum voluntatis obligandi: ita nec sola voluntas liberandi efficit distractum, ob defectum obligationis, quæ nulla præcessit. Nam ut in contractu reali duo requiruntur conjunctim; numeratio et animus obligandi; *L.* 19. *pr. de reb. cred.* ita et in dissolutione ejus duo adsint necesse est: voluntas liberandi, et nexus obligationis, quo, qui liberatur, obstrictus fuerit. Quare Cujac. qui 8. *Obs.* 34. simpliciter scribit: *Indebiti solutio est distractus, non contractus*, si vere ita sensit, nec rudius loquutus est; fœde lapsum non inficior.

rupt. non esse manumissio, nisi servitus præcedat, quæ tollatur manumissione. *Instit. de libert.* in princip. At in indebito, de quo nunc agitur, nulla subest præcedens obligatio, qua quid debeatur, et quæ eadem distrahatur: alioqui debitum esset, quod solvitur, non indebitum. Nullus igitur in indebito soluto distractus per rerum naturam intelligi potest. Quid ad hoc illi? quomodo hanc speciem potius ex distractu esse probant? Nempe quia, inquiunt, qui indebitum per errorem solvit, hoc animo est, ut rem distrahat, non ut contrahat. Quam hoc jam vitiose colligitur? Esto, sit in solvente animus distrahendæ obligationis. Num ideo consequens est eum distrahere? At errat, et vere non vult. Non enim consentiunt qui errant. *L.* 2. *D. de jud. L. si per errorem*, *D. de jurisd. L. non idcirco*, *C. de jur. et fact. ignor.* Num ergo hunc errorem facti spectari, et ei nocere volumus? et naturalis et civilis ratio reclamat, ut supra ostendimus. *d. L. non idcirco*, *L. cum is. C. de jur. et fact. ignor. L. regula*, *D. eod.* Sed velit etiam distrahere, puta eum esse, qui sciens indebitum solvat. Ideone dicemus eum distrahere obligationem, quæ nulla est? Non potest, natura adversatur, nec potest quisquam falsa affirmatione, ac multo minus falsa opinione sua naturam rerum mutare. *L. cum falsa*, *C. de jur. et fact. ignor. L. assumptio*, *D. ad municip.*

III. Ac quo magis vitium istius rationis perspicere liceat, concedamus illis non solum eum qui indebitum per errorem solvit, hoc animo esse, ut negotium distrahat, sed etiam hunc animum, atque hunc errorem esse spectandum. Non jam efficietur, quod volunt; sed ratio adversus eos convertetur, ut cogantur fateri, quod nolunt. Eveniet enim ista ratione, non ut hinc nascatur obligatio ex quasi contractu, sed ut nulla. Quippe ita jus est, ut supra attigimus, in quam sententiam etiam omnes auctores juris consentiunt: nunquam numerationem obligationem parere, ubi non id agitur, ut qui accipit, confestim obligetur. *L. omnis*, *D. si certum pet.* Item qui dat, neque hoc animo est, ut quemquam sibi obliget, eum quoque neminem sibi obligare. *L. in hoc judicium*, §. 1. illic, *diversum est enim*, *D. com. divid.* At volunt illi ex indebito soluto obligari eum, qui accepit. Obligatio enim ex quasi contractu quam illi statuunt, nihilominus obligatio est. Quare ut hanc sententiam retineant, vel ipsis auctoribus superior ratio repudietur, necesse est; aut fateantur imprudentes se id negare, quod prius posuerant, quodque unum præcipue statuere, illis propositum est. Postremo ut certius, ac velut uno intuitu semel cernatur, quam superior ratio aut eos lædat, aut certe nullo modo juvet, sic mecum hoc dilemmate colligas. Cum quis indebitum per errorem solvit, et in hoc errore animus illi est distrahendæ obligationis, non contrahendæ, aut volunt eum animum adversus solventem esse spectandum, aut non esse. Si spectari volunt, eadem opera volunt solutum non repeti, quia qui hoc animo est, ut solvat et distrahat obligationem, idem hac mente est, ne unquam repetat, alioqui non sit solutio. *L. qui sic*, 55. *D. de solut.* At isto modo nulla nascetur obligatio, quod et falsum est, et est adversus eorum sententiam. Quod si (2) nolunt hunc animum spectari, ut certe non debet, ne solventi error facti noceat, quod omnes fieri debere concedunt, quorsum hunc animum in hac re ingerere, cujus nullam rationem habendam esse fateantur? Satis igitur probatum arbitror, non esse hanc speciem obligationis ex distractu, proinde nec ex quasi contractu, quando hoc posterius ex illo priore solum effici voluerunt. Quod si ex quasi contractu non est, fit, ut omnibus aliis caussis obligationis remotis, una supersit caussa contractus, ex qua hæc nascatur obligatio. Et vere hoc ita est.

IV. Nec quisquam moveatur eo, quod qui indebitum solvit per errorem, quatenus id facit, non est hoc animo ut contrahat obligationem, sed ut distrahat. Animadverti enim debet, in eo qui indebitum isto modo solvit, duplicem animum esse, sub diversis conditionibus, quorum unum spectari oportet, alterum non oporteat. Unus animus est, ut qui solvit, distrahat obligationem, nec unquam solutum repetat, sed sub conditione, si debitum sit, quod solvit. Alter animus est sub contraria conditione, tacitus quidem, sed tamen ex verbo solvendi intellectus, ut si indebitum sit, quod solvit, sibi reddatur, ut superiore capite ostendimus. Priorem animum, quia ab errore facti proficiscitur, spectare nec possumus, nec debemus. Primum quia vere is animus non est, qui consensum non habet. Deinde quia facti

(2) Non spectatur animus apertus ad hoc ut illi noceat, impediatque repetitionem. At idem tamen facit quo minus verus contractus haberi possit, quia qui liberare voluit, obligare noluit.

error ita habetur, ut etiam in consensu (si modo errantis ullus consensus esse potest) erranti nocere non debeat. *L. regula*, *D. de jur. et fact. ignor.*

V. Restat igitur, ut quoniam unus ex his animus spectandus est, priore remoto posteriorem spectari oporteat. Et vero id ita faciendum est; quia qui solvit vere hoc animo fuit, ut repeteret, si solutum debitum non esset: et indebito vere soluto conditio superior vera fuit: quæ ideo non distulit obligationem. *L. conditiones*, *Instit. de verbor. obligat.* Jam vero hic animus conventionem de indebito reddendo in se habet. Atque ex hac conventione contractus. Sic fit, ut obligatio in hac specie semper ad contractum necessario revolvatur. Nec moveamur eo, quod hæc conventio tacita est, et præter id, quod aperte agitur. Jam enim dixi ad vim et effectum conventionis nihil interesse, utrum verbis expressa sit, an tacita. *L. 4. D. de pact.* quia consensus in conventione tantum quæratur: qui quomodo declaretur, nihil interest. Et hactenus de superioribus locis abunde responsum puto.

VI. Sunt qui alio argumento conentur probare, conditionem indebiti ex contractu non esse; nempe hoc, quod dicitur hæc condictio ex bono et æquo introducta. Sic enim scriptum est in *L. penul.* D. de condict. indeb. *Hæc condictio ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, revocare consuevit.* Hoc vero de nulla obligatione quæ sit aperte ex consensu, dici legimus. An non igitur hoc ipsum argumentum est non esse etiam hanc obligationem ex consensu?

VII. Et dici poterat, quod ex verbis apparet, superiorem definitionem esse non de repetitione et condictione indebiti, sed de conditione sine caussa. Quæ sane multis in caussis nasci potest aliunde, quam ex contractu. Nam et quod furtivum est, apud furem est sine caussa. Sed volo definitionem scriptam de condictione indebiti, quando ita verba sunt; *hæc condictio*; quæ verba si ad *Titulum* cui subjiciuntur, referantur, non possunt intelligi de alia conditione, quam quæ sit *Tituli* propria. Et certe si repetitio ob rem dati dicitur ex bono et æquo dari: *L. in summa*, 65. *§. quod ob rem*, *D. de condict. indeb.* multo justius dicetur conditio indebiti inde quoque esse, cum in hac conventio repetendi sit obscurior. Ut eo magis in ea rationem æquitatis haberi oporteat ad repetitionem, quo minus aperte verbis et voluntate dantis conventio adjuvatur. Sed non sunt hæc contraria, obligationem indebiti ex conventione et contractu nasci, et eamdem simul introductam ex bono et æquo. Exemplo est precarium: ex quo itidem actio dicitur ex bona fide oriri. *L. 2. §. penult. D. de precar.* Quod nihil aliud significat, quam eam oriri ex bono et æquo, ut hoc verbi explicatur in *§. in bonæ*, *Institut. de action.* Et tamen hæc ipsa actio est ex contractu. Est enim actio præscriptis verbis, ut traditur in eadem. *L. 2. § penult. de precar.* Non est autem actio præscriptis verbis, nisi ex contractu. *L. 3. D. de præscript. verb.*

VIII. Cur ergo obligatio et repetitio indebiti dicitur nasci ex (3) æquo et bono potius, quam mutui, commodati, depositi, in quibus obligationem re contrahi diximus? Quia in superioribus contractibus obligatio etiam ex verbis recta nascitur, ut nihil hic necesse sit ad solam rationem æqui et boni confugere, ut obligatio aut actio admittatur: in indebito nascitur etiam contra significationem verborum. Quod ut intelligatur, sciendum est in usu juris cum verba pugnant cum sententia, ibi subtilitatem verborum benignitati opponi, eique cedere. Hoc sensu, ut intelligamus verba omittere nos, sequi sententiam: et, quoniam fit hoc contra verba, ideo admitti solum benignitatis ratione suadente. Hoc in *L. si tibi pecuniam*, in fin. *D. si cert. petat.* Benigne autem quid interpretari, valet ex æquo et bono, seu ex eo, non quod subtilitas verborum exigit, sed quod dictat ratio naturalis. *L. non sine, C. de bon. quæ liber.* Hoc autem dictat, ne verba sequamur contra sententiam, sed contra potius ut sententiam omissis verbis: cum verba inventa sint, non quæ obstent: sed quæ serviant hominum sententiis. Quæ si sine verbis intelligi possent, verbis non egeremus. *L. penult. D. ad exhib. §. siquidem. Instit. de legib.* Atque hoc in obligatione indebiti soluti accidit. Nam qui solvit per errorem, subtilitate verborum tantum abest, ut repetitionem habeat, ut his verbis maxime repetitio excludatur. Quippe his hoc agit, ne repetat. Dicit enim se solvere. At solvere est ita dare, ut nunquam repetas. Unde qui sic dat, ut repetat, non liberatur, id est non solvit obli-

(3) Ideo ex æquo, quia non ex rigore juris, quo videbatur repetitio deficere, quia dominium ab eo cui solutum, sine facto suo discedere non debeat *L.* 11. *de R. I.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 1. Hopper. *Lib.* 1. πιθανῶν *Tit. de indeb. solut. pag.* 20.

gationem. *L. qui sic*, *D. de solut.* Et tamen adversus hanc significationem verbi, obligationem hic admittimus; qua ratione? nempe ex sententia tacita, et tacita conventione contrahentium. Quæ quia accipitur contra verba, benigna interpretatione, ideo dicitur obligatio hinc inducta ex æquo et bono. At unde intelligitur hæc sententia, cum verba aperta repugnent? Dixi supra ex errore solventis. Dum enim solvebat errans, simul hoc animo erat, ne repeteret, quia putabat se debere. Etsi autem in hoc errore non addebat conditionem si deberet, cum se debere certo sibi persuaderet: tamen ex eo quod tanquam debitum solvit, satis intelligimus tacite hunc sensum ejus esse, ut si interrogetur, an velit solutum indebitum, responsurus sit se nolle: et si postea apparuerit tale esse, quod solvit, velle se ut reddatur. Quo animo etiam et lege accipere intelligitur, qui tanquam debitum solutionis caussa accipit. Hanc sententiam et tacitam conventionem veteres agnoscentes etiam ex ea actionem dederunt: quia benignum erat, quia æquum et bonum. Idque duplici nomine: primum quia ex sententia: deinde quia cum opinio solutionis nata sit ex errore facti, nihil magis æquum sit, quam hunc errorem solventi non nocere. Proinde nec animum non repetendi, quando hic animus ex eo errore nascitur. Ita in summa obligatio indebiti soluti nascitur ex eo quod agitur inter dantem et accipientem. Sed hoc ipsum agi non ex verbis quæ repugnant, sed interpretatione voluntatis ex bono et æquo accipitur. Fitque hoc modo illud, quod in hoc genere obligationis initio posuimus, obligationem indebiti nasci illam quidem ex conventione, sed ex conventione longe diversa ab ea, quæ est in mutuo, commodato et similibus, quia in his aperte et principaliter id agatur, ut reddatur quod datum est, verbo ipso dandi hanc conventionem indicante: in indebito autem soluto insit ea conventio reddendi, quæ nec exprimatur verbis, nec vi et significatione dandi contineantur: colligatur tamen contra significationem verborum ex sententia.

CAP. XVIII.

Condictio indebiti Cui detur, Adversus quem, Quid in eam veniat.

I. Satis igitur constitutum puto repetitionem indebiti esse actionem in personam. Ideo ex obligatione nasci: obligationem autem esse ex contractu: contractum ex genere eorum, in quibus obligatio re contrahitur, ut merito fuerit et ad hoc genus atque hunc locum referenda. Cui detur, Adversus quem, Quid in eam veniat, singula prope ejusmodi sunt, quæ hic propria quædam habeant ad rationem hujus condictionis pertinentia. Quare et de his paucis agam.

II. Et dicitur condictio indebiti dari ei (1) qui non debitum solvit. §. *is quoque*, *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Idque ita intelligi necesse est, si is qui non debitam pecuniam solvit, ipse est, qui negotium cum accipiente gerit, idest contrahit, ut gerere dicitur in *L. si in area*, 33. *D. de condict. indeb.*

III. Sed solventem accipere debemus, maxime quidem eum, qui solvit suo nomine: sed tamen et eum cujus nomine solu-

(1) Ejusque heredi *L.* 12. *h. t.* Nec impedit hanc condictionem renunciatio generalis *L. ult.* §. 3. *h. t.* ut si in ipsa solutione convenerit solvens, se nullam controversiam moturum, quia eodem errore id promittit ac paciscitur, quo solvit. Unde quia error idem, in utroque non præjudicat, per *L.* 19. *v. diversum de Novat.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 7. Covar. 2. *Var. Resol.* 4. n. 4. Gutier. *de Juram. confirmator. P.* 1. *C.* 27. Jac. Gourre. *in L.* 2. *C. de resc. vend. pag.* 123. *et seq.* Quid autem si solvens renunciavit condictioni indebiti, condictione sine caussa, et omni legum auxilio? Sunt qui hanc renunciationem non valere putant, tum per *d.* §. *pen.* tum quia idem error in renunciatione, et ut indebite solvit, ita et indebite renunciavit; tum quod nemo intelligatur renunciare juri suo, quod vel ignorat sibi competere vel dubitat. Et hæc sententia communior, teste Vasq. *d. C.* 63. n. 9. cui et accedit Duar. *h. t. ult.* Diss. quodammodo Covar. *d. n.* 4.

tum est, si modo qui solvit, tutor ejus est, aut is cujus nomine solutum est, mandavit solvi suo nomine, vel solutum ratum habuit. Utputa tutor pupilli nomine indebitum solvit; Pupilli condictio est. *L. cum indebitum*, 57. *D. de condict. indeb.* Item qui fidejusserat pro eo, qui indebitum promiserat, solvit stipulatori non fidejussor condicet, sed promissor, quasi qui pro se fidejuberi mandans, etiam solvi mandaverit. *L. indebitum*, 47. *D. eod.* Procurator quoque meus, cui specialiter mandaveram, ut meo nomine solveret indebitum, si solverit, mihi condictio dabitur, non procuratori.

IV. Nam si is fuit, cui generaliter omnium bonorum administratio permissa est, indebitum nomine domini solutum non aliter dominus condicet, quam si ipse ratum habuerit: quo ratum non habente, ipse procurator condicet, non dominus. Quæ sententia est Pauli in *L.* 6. in princ. *D. de condict. indeb.* Ac se de eo procuratore loqui Paulus indicat, cum paulo post priorum actorum rationem reddens, orationem confert ad eum quem dominus rerum suarum procuratorem constituit. Is autem est procurator omnium bonorum. Quod ut non subjecisset, tamen procuratoris verbo absolute posito, eumdem istum procuratorem intelligeremus ex usu veterum, qui et hoc verbum ita usurpant. Testis Cicero in *orat.* pro Cæcinna. Cur ergo hoc procuratore indebitum nomine domini solvente, ad condictionem indebiti domino dandam, domini ratihabitionem expectamus? Quia cui bonorum administratio permissa est; quantumvis generaliter et nominatim omnium permissa sit; nihil tamen de indebito solvendo mandatum ei intelligitur. Nam neque indebitum ex bonis domini est, neque ejus solutio ad domini utilitatem ullo modo pertinet. Quod si domini ratihabitio in hujus procuratoris persona interveniens condictionem indebiti ab eo soluti in dominum transfert: multo magis eamdem domino præstabit ejus mandatum, si specialiter de indebito solvendo mandaverit. Sed si procuratorem eum intelligit Paulus, quem diximus: quid est, quod ipse in eadem L. 6. §. *ult. de cond. ind.* ita scribit: *Julianus ait neque tutorem, neque procuratorem solventes repetere posse, neque interesse, suam pecuniam, an pupilli vel domini solvant?* Loquitur nimirum Paulus et hic, et in *principio capitis* de eodem procuratore, quem dominus rerum suarum procuratorem constituit. Sed in principio nominatim de eo, qui indebitum solvit, unde et soluti repetitionem dat. In *extremo* autem cum procuratorem simpliciter proponat solventem; de eo loqui eum intelligere debemus, qui vere solvat, nempe debitum. Verba enim cum effectu accipere debemus. Neque vero solvit quisquam, nisi qui aliquem obligatione liberat nec liberatur quisquam, nisi qui debuit. Unde merito procuratorem ita solventem repetere posse negat. Neque hæc sententia nullam debitationem habet, procuratorem pro domino debitum solvendo repetere non posse. Quid enim, si pecuniam suam solvat, dum putat esse pecuniam domini? Et hoc est, quod dicitur eum solventem usque adeo repetere non posse, ut nihil intersit, suam pecuniam solvat, an domini.

V. Sed cur ei cujus nomine indebitum solutum est, quanvis mandanti aut ratum habenti datur conditio indebiti, cum regula juris vetet per liberam personam alteri actionem acquiri. §. *ex his. Inst. per quas pers. nob. acq. C. eod.* Ea fit, quod cujus nomine et mandatu pecunia data est, perinde habetur, (2) quasi ipse dedisset: ut sic ei non jam per alium, sed quasi ipse dedisset, ita ei per semetipsum actio acquiratur. Dicere enim solemus, nihil interesse, utrum per se quid faciat quis, an vero per alium. *L.* 5. §. *gessisse, D. de adm. tut.* Aliud servatur in procuratore, qui mandatu domini aliquid ob caussam dedit, quæ caussa postea secuta non est. Placet enim tum condictionem ob caussam dati non domino competere, sed procuratori, qui dedit. *L. qui se debere, D. de cond. ob caus. dat. L. dominus*, 53. *D. cond. ind.* Quod enim alterius nomine datur ob caussam, caussa non secuta ejus nomine dari non intelligitur.

VI. Interdum tamen, etsi quis suo nomine indebitum solvit, nihilominus alii condictio competit. Quod accidit in eo hereditatis possessore, qui testamento institutus, quod jure valere videbatur, postea legata eo testamento aut codicillis relicta (3) solvit; deinde evincatur ei hereditas, aut is hereditate

(2) At pariter dicere liceret cujus nomine quis stipulatus, emit, locavit, etc. perinde haberi ac si ipse stipulatus esset, emisset, locasset. Ut non obscure hinc liqueat, clarius autem ex iis quæ sequuntur, hanc obligationem ex contractu non esse, sed quasi ex re actionem nasci et tantum attendi quis, quatenus, cujus detrimento locupletior redditus.

(3) Sive soluta sint ex testamento, quod post falsum vel inofficiosum apparuit, ut *d. L.* 3. *et* 4. sive ex testamento justo quidem, sed restitutione contra aditionem postulata,

se abstinuit, pupillus nempe, aut minor viginti quinque annis. Hic, inquam, placuit non ei possessori condictionem dari, sed legitimis heredibus qui hereditatem evicerunt, aut iis ad quos ex abstentione redit hereditas. *L.* 2. 3. 4. 5. *D. de condict. ind.* Cur ergo his, cum nec ipsi indebitum solverunt, nec solutum est eorum nomine? Quia ab initio quidem res ita geritur, ut objicitur, sed eventus postea utrumque mutat. Nam postquam hereditas a possessore ad istos pervenit, possessor hoc animo esse incipit, ut quæ legata suo nomine solvit, velit soluta verorum heredum nomine, et veri heredes in ea caussa esse incipiunt, ut proinde habeantur, quasi ipsi solvissent. Quia solutum ad eos pertinet. Nam possessor si bona fide de bonis hereditariis ea solvit, non debet id damnum præstare; quoniam non tenetur ultra, quam locupletior factus est. *L. sed etsi lege* 25. §. *consuluit, D. de hered. pet.* Si solvit de suo, soluta imputat veris heredibus. *L. quod si possess.* 17. *D. eod.* Qui si non reputarit, nihil caussæ est, cur vero heredi, ad quem ea solutio non pertinet, et cujus nomine nihil ei abest, detur repetitio. Sed hoc in legatis indebitis a possessore hereditatis solutis locum habet.

VII. Alia caussa est æris alieni, quod possessor indebetum solverit iis, quos creditores hereditarios bona fide existimavit. Id ille vero heredi reputare non potest, ut perinde habeatur, quasi verus heres solvisset. *L. item veniunt*, 20. §. *sed etsi senatus*, *D. de her. pet.* Ideo et possessor condicet, non verus heres. Atqui et legata et æs alienum istud pariter indebita fuerunt, et pariter utraque possessor bona fide præstat. Cur ergo illa imputat heredibus, hoc non imputat? Quia in legatis testamento aut codicillis relictis, dum illa possessor debita putat, hic error illi a testatore nascitur, qui ea reliquit, et hunc heredem instituit. Factum testatoris non est æquum illi nocere, sed potius ejus heredibus. Cum autem solvit indebitum tanquam creditoribus hereditariis, qui creditores non sunt, etsi hos æque bona fide creditores esse putat, et his solvendo non minus rem bona fide gerit; tamen hic error aut illi a seipso, aut a creditoribus nascitur: quorum neutrum vero heredi fraudi esse debet.

VIII. In hac parte oritur interdum dubitatio, ex multis qui solverunt, quibus potissimum detur soluti repetitio. Quæ dubitatio in duobus qui eamdem rem sut summam debent, et amplius quam debetur, solvunt, incidit. Est, puta, reus, qui decem debet, et hujus fidejussor; sunt duo fidejussores, aut duo rei debendi ejusdem pecuniæ. Pro decem ambo viginti solverunt. Utrum ambobus conditionem dabimus, an alteri, et utri? Quæstio in eo est, quis indebitum solverit, et quantum: quo explicato res est expedita. Nam si uterque indebitum solvit, eatenus uterque condicit. Si alter, is solus. Quid autem horum sit, hac distinctione constituetur, quæ in hoc a veteribus usurpata, ex diversis locis colligitur. Interesse dicemus, utrum hi pariter ex eodem tempore plus debito solverint pro decem viginti: an vero diversis temporibus. Si eodem tempore; quod pariter indebitum solverunt, pariter condicent, id est viginti solutis quina. *L. si pœnæ*, 19. §. *ult. et L.* seq. *D. de condict. indeb.* Si diversis temporibus: non potest non esse debitum, quod a priore intra quantitatem debitam solutum est, eoque nec is repetet. Solus indebitum solvit, quia ultra debitum solvit posterior. Proinde et is condicet solus, et condicet eatenus, quatenus indebitum solvat. Utputa reus decem debuit. Is tria solvit. Postea fidejussor ab eo datus tria illa soluta ignorans solvit decem, quantum scilicet a reo prius debebatur. Solus hic repetitionem habet fidejussor, et sola repetet tria, quæ sola ex decem solutis indebita fuerunt. Nam tribus antea solutis ex decem, restabant ex ea summa solum septem, quæ debebantur. Sic fit, ut fidejussor decem solvens intelligatur tria indebita solvere: qui ideo solus condicet. Hoc in *L. cum duo*, 25. *D. de condict. indeb.* Sed huic distinctioni locus est in pecunia soluta.

IX. Diversum est, si duo rei speciem unam debuerunt, et errantes duas tanquam debitas solverunt, finge, cum deberent disjunctim Stichum, aut Pamphilum; utrumque solvisse, dum se utrumque conjunctim debere falso existimant. Si pariter, sive diversis temporibus solverint, placet neque ambobus simul, neque etiam priori aut posteriori alterutrum repetenti condictionem dari, sed ei, cui creditor constituerit se redditurum, et etiam creditoris utrum reddat, esse electionem. *L. plane*, 21. *D. de condict. indeb.* Huic loco contraria videri solet constitutio Justiniani in *L. pen.*

quia hereditas non solvendo, ubi propterea legata indebita, quia potior caussa æris alieni; ut *d. l.* 5. *h. t.* exponit contra Accursium et Cujacium Ant. Fab. *ad L.* 22. *de minor.*

C. de condict. indeb. Ubi ille, in specie, ut videtur, non dissimili electionem solventi dedit, non accipienti. Sed quoniam constitutio non loquitur de pluribus reis debendi, quorum singuli debeant: sed de duabus rebus, quæ disjunctim debeantur ab uno solo; quæriturque, utraque soluta. non quis condicat, sed quæres condicatur: melius est ejus constitutionis explicationem differri in eum locum, in quo quæritur, quæ res in hanc condictionem veniant, ubi simul de consensu horum locorum opportunis dicetur.

X. Ut ei, qui pecuniam indebitam solvit soluti condictio datur, ita is tenetur condictione solum cui pecunia quoquo modo soluta est, non cui proficit. *L. his solis* 49. *D. de condict. indeb.* Ut si proponas soluta tibi a me centum indebita, te accepta dedisse mutua Titio, aut in rem ejus impedisse, puta prædium ex ea pecunia ejus nomine emisse; non ideo mihi eum Titio ulla actio sit, cum quo nullum negotium gessi, quantunvis illi soli hæc pecunia proficiat: sed solum adversus te, cum quo contraxi. Quod et in mutuo receptum est. *L. cum qui L. non adversus, C. si cert. pet.* Sed et hic eum cui pecunia soluta est, accipere debemus eodem modo, quo prius eum, qui dedit: ut quemadmodum dedisse videtur, cujus nomine data est, dum ejus mandatu: sic accepisse intelligatur is, cujus nomine acceptum est, sive is accipi mandavit, sive solutum ratum habuit. Et ideo si procuratori meo indebitum solutum est, mihi solutum videtur, eoque et teneor condictione sive ei mandavi, sive ratum habui. *L.* 6. *D. de cond. ind.* Nam et hic valet illud, quod supra dixi, unumquemque facere videri, quod per alium faciat. *L.* 5. §. *gessisse, D. de adm. tut.*

XI. Veniunt in hanc actionem et restitutionem duo; res principaliter debita, et rei debitæ accessiones, quæ ad eum, qui rem accepit, pervenerunt. *L. indebiti*, 15. *D. de condict. indeb.*

XII. Res hic principaliter debita ut plurimum eadem species est, quæ soluta est; interdum alia, quæ et sola condicitur. Res eadem semper, nisi si natura rei solutæ aliam reddi postulet, de quo mox. Ipsum quidem, quod solutum est, repeti, actionis nomen declarat. Dicitur indebiti soluti condictio. *d. L. indebiti*, 15. *eod.* Ut intelligamus idipsum solutum condici. Sed et hoc ita debetur, (4) si extat, aut qui accepit, ex eo factus est locupletior. *L. si non sortem*, 26. §. *libertus*, illic, *ut puta fundum. D. eod.* Re amissa casu aut deteriore facta, quod quidem sine mora accipientis contigerit, detrimentum dantis est, non accipientis, non dico si casu res perierit amissave sit, quod certum est, et cum aliis contractibus omnibus commune. *L. quæ fortuitis, C. de pigner. act. L. contractus, D. de reg. jur.* Sed etsi facto ipsius accipientis. Ut, si is rem acceptam donaverit, servum solutum manumiserit, si distraxerit, sed minimo, *L. in summa*, 65. §. *penult. d. L. si non sortem*, 26. §. *libertus, D. de condict. indeb.* Nam eum dominus rei esse cœperit traditione, potuit ut de re sua pro arbitrio statuere. *L. in re, C. mand.* Nec ei oberit, quod eam debuit. Ignoravit enim se debere, et quidem justissimo errore facti, utpote eo, cujus caussam etiam a solvente acceperit, dum et is tanquam debitum solvit. Hic vere dixerimus locum esse illi regulæ juris, errorem facti in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere debere, in quibus ne error quidem juris noceat. *L. juris. L. error, D. de jur. et fact. ignor.*

XIII. Sed haetenus, ut dixi, debetur, et repetitur res eadem, quæ soluta est, dum natura rei id patiatur; quæ interdum aliam deberi cogit, quod eum fit, aliud nimirum condici necesse est. Id accidit, cum aut res soluta, cujus fructus et pretium ad accipientem pervenit, eadem reddi non potest, aut res soluta est, quæ pondere, numero, mensurave constet. Ut res eadem vel ab initio reddi non possit, accidit in operis indebitis patrono aut domino feudi solutis, ac cur eædem reddi non possint, pluribus ostendit Ulpianus in *d. L. si non sortem*, §. *libertus.* Ergo in his placet deberi et condici æstimationem, quanti scilicet is, cui solutæ sint, conducturus fuerat, *d.* §. *libertus.* Sed et earum rerum, quæ pondere, numero, mensu-

(4) Etsi proprietas translata, ea condicitur sin possessio illa tantum *L.* 15. §. 1. *h.* Duar. *h. t. C.* 19. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 63. *n.* 38. ita: Aut solvens putavit se obligatum in genere: et tunc si solvit pecuniam, aliasve res fungibiles, repetit tantundem: *L.* 7. *h. t.* sin res alias, vel illæ solutione extinguuntur, ut operæ: at præstatur æstimatio quatenus recipiens locupletior: *d. L.* 26. §. 12. vel non extinguuntur: et si extat res ipsa condicitur: *L.* 32. §. *ult. h. t.* sin perierit nihil recipitur, nisi cui soluta est, rem suam auxerit. *d. L.* 32 *pr.* Aut in specie, et si quod solutum est extat, ipsum repetit: *d. L.* 7. in non, interdum minus, ut in *L.* 65. §. *pen.* interdum nihil, si qui accepit in nullo locupletior *d. L.* 26. §. 12.

rave constant, ea natura est, ut harum dominio translato, si quid inde reddi debet, non eædem res debeantur, sed tantumdem, id est aliæ ejusdem generis et bonitatis. Quod quamobrem fiat, exposui pluribus ad *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* si quid barum rerum indebitum solutum sit per errorem, puta pecunia, vinum, oleum, frumentum certa quantitate; sciamus hic non ipsum deberi et repeti, quod solutum est, sed tantumdem. Et in his locum habet, quod traditur in *L. quod indebitum*, 7. *D. de condict. indeb.* his verbis: *quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantumdem repetitur.* Hoc autem *tantumdem* valet, tantumdem quod sit ex eodem genere, ut hoc explicatur in *L. si operas*, 25. §. 1. *D. de præscr. verb.* Et hoc est videlicet, quod dicitur in §. *is quoque. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Ei qui indebitum solutum est, perinde condici posse, ac si mutuum accepisset. Utile est inprimis id a nobis intelligi, non solum ut sciamus, quid hoc judicio recte petatur; sed etiam ut ex eo statuamus de periculo et commodo rei indebitæ ex hoc genere solutæ. Nam si his rebus solutis non eædem debentur, sed aliæ in genere, fit, ut periculum et detrimentum rerum solutarum sit non jam dantis, ut supra cum eadem res debetur; sed accipientis, qui rebus acceptis amissis nihilominus semper easdem illas alias debiturus sit, quas ab initio debere cœperat, ut et in mutuo accidit, §. *item is, Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Nam hæ aliæ, cum sint incertæ utpote in genere debitæ, non possunt dici periisse, quamdiu ex eodem genere exstabunt aliquæ, quæ præstari possint, Ut proinde dici non possit debitor earum interitu liberari. Possunt quidem illæ quæ datæ sunt, quia certæ datæ sunt, omnibus casibus fortuitis perire: sed ideo earum interitu liberatur is, cui solutæ sunt, quia non sunt debitæ. Regula autem juris facit, ut debitor interitu rei liberetur non cujuslibet, sed solum debitæ. *L. quod te*, 5. *D. si cert. pet. L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Ex eo jam et de commodis earum rerum judicetur, Nam ad quemcumque periculum rei pertinet, ad eum placet et commodum pertinere. *L. secundum, D. de reg. jur.* §. *cum autem, Inst. de empt. et vendit. L. unica*, §. *cumque C. de rei ux. act.*

XIV. Et hæc de re principaliter debita ita certo se habent, cum res quæ indebita soluta est, in totum fuit indebita. Quod si ex his quæ soluta sunt, quædam fuerunt debita, quædam non fuerunt, hic nonnunquam dubitatio oriri solet, quid ex his repetere liceat. Quam dubitationem animadverto duabus in caussis incidere solere. Una est, cum duabus rebus disjunctim promissis, debitor utramque conjunctim debitam putans, utramque simul solvit. Altera est, cum qui unam rem certam debebat, solvit amplius quam debebat, tantum se debere existimans.

XV. Prior caussa ita se habet: propone eum, qui Stichum aut Pamphilum debuerit, utrumque solvisse per errorem quasi conjunctim debitos. Quæritur qui utrumque solvit, quando unum tantum debuit, utrum ex his possit condicere, eumne quem ipse velit, ut ei repetendi electionem demus, an vero eum, quem velit is, qui utrumque accepit: ut in solvendo ejus sit electio, utrum reddat. Hic variant sententiæ veterum Jurisconsultorum, rationibus juris rem in varias partes distrahentibus: quam controversiam Justinianus diremit in *L. pen. C. de cond. ind.* Marcellus, Celsus, Ulpianus existimarunt creditori arbitrium dandum, quod vellet retinendi, proinde et quod vellet, reddendi, ut hoc solum in condictione esset, quod vellet reddere, ut refertur in *d. L. pen.* cujus sententiæ tenue vestigium licet observare. In *L.* (5) *si non sortem*, 26. §. *si decem*, in fin. *D. de condict. indeb.* Hoc illi non temere, ne quis statim tanquam illis indignum responsum rejiciat. Secuti sunt in eo regulam generalem juris de pluribus rebus disjunctim promissis, aut aliter debitis, quæ docet in hoc genere electionem esse debitoris quam det. *L. plerunque*, 10. §. *ult. D. de jur. dot. L.* 2, §. *Scævola, D. de eo quod cert. loc.* Jam vero cum de indebito soluto reddendo agitur, ut nunc agitur, apparet in hac repetitione eum debitorem esse, a quo id exigitur, *L. debitor, D. de verb. signif.* Ita huic regulæ consequens erat, ut huic quoque tanquam debitori electionem solvendi quod vellet, daremus: quod et superiores fecerunt, Julianus contra et Papinianus electionem repetendi ei dandam putaverunt, qui solvendi ab initio habuit, Quam sententiam Justinianus superiore constitutione confirmavit. *d. L. penult. C. de*

(5) Quam abrogatam esse, per *d. L. pen.* censent Duar. *h. t. C.* 9. *f.* 915. Cujac. 8. *Obs.* 35. Briss. *Lib.* 1. *de Solut. p.* 346. Contra Pac. 7. *Q.* 95. verba *quamvis utroque etc.* ita saltem ex Justiniani mente accipienda ut habeant solutionem. Si δὲ ἀντιπαράσχωσιν, negatione consecutionis etc.

cond. ob caus. dat. Et recte: nam si error facti solventi nocere non debet: quod et regula juris traditur, et per se æquissimum est. *L. regula, L. 2. D. de jur. et fact. ignor.* omnino hæc æquitas facit, ut quod quis ante solutionem habuit, etiam solutionem per errorem secuta idem retineat. Qui autem illud aut illud debuit, habuit ab initio electionem dandi, utrum vellet. Æquum igitur, ut si utrumque per errorem solvit, eamdem electionem et post solutionem usque habeat. Quod ita fit, si sit in ejus potestate facere, ut utram velit, apud creditorem maneat. ipse utrum velit, repetat. Quid ergo ad id dicimus, quod regula juris traditur, rebus pluribus disjunctim promissis, debitoris electionem esse, quid det, non ejus qui agit? Nempe hoc sic intelligendum est, nisi debitor, ut hujus aut illius rei debitor esset, per errorem adversarii sit consecutus. Nunquam enim error adversarii huic quidquam amplius dederit, quam ante jure suo habuit, ut quidem solventi per caussam erroris adimatur.

XVI. Hic jam illud tanquam contrarium occurrit quod supra attigimus, et de quo hic nes responsuros recepimus, quod legitur in (6) *L. plane, 21. D. de condict. indeb.* Proponantur illic duo rei debendi, qui debuerint Stichum aut Pampbilum. Qui iidem utrumque per errorem pariter solverint. Scribit Paulus hoc casu electionem esse creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur. Sed nihil est hic, quod superiori sententiæ et constitutioni Justiniani adversetur, ut non sint audiendi, qui hanc Pauli sententiam illa Justiniani constitutione tolli putant. Multum enim interest, utrum duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque solvant, an vero unus qui idem debuerit, solus solvat utrumque. Cum unus solvit utrumque, quod disjunctim debuit, is ut ante electionem dandi habuit, ita et post solutionem electionem utrum velit petendi habet; et potest etiam habere, quia duæ res ab eo disjunctim debitæ electionem hanc admittunt. At cum duo duas res eodem modo debuerunt, et singuli unam solverunt, id est ambo pariter utramque, non possumus singulis electionem dare, utram petant, cum singuli unam a se solutam repetant; manifestum sit autem in unam rem quæ a singulis repetatur, electionem non cadere. Sic fit, ut hoc casu electione petendi singulis adempta, soli creditori, quid reddat, et cui reddat, electio relinquatur.

XVII. Altera caussa fuit, quæ similem dubitationem in se haberet de re, quæ condici posset, nempe hæc, cum is qui rem unam debuit, pro ea aliam majoris pretii, aut majoris quantitatis solvit, quam debuit, existimans se tantumdem debere. Veluti, si qui centum debens, quasi ducenta deberet, fundum ducentorum, aut oleum, vinum, frumentumve ad eam summam solverit. In quo quæritur, quid hic condici possit et debeat, utrum pars soluti tantum, an vero totum, quod solutum est, ut hoc recepto, præstetur id solum, quod debetur. Res posita est in facultate aut difficultate solutionis. Nam si pars commode recipi potest sine incommodo dantis et accipientis, ipsam dumtaxat recipi oportet, solam enim partem indebitam fuisse constat. Si non potest, nihil reliquitur, nisi ut totum, quod solutum est, repetatur. Ex hac ratione hæc rerum distinctio traditur ab Ulpiano in *L. si non sortem, 26. §. (7) si centum, D. de cond. ind.* ut si quidem res solutæ sint quæ pondere, numero, mensurave constant, aut fundus quidem, sed æstimatus, ut hic æstimatio soluta intelligatur magis, quam fundus; hic pars tantum repetatur, quia potest. Recipiunt enim hæ res numero ipso divisionem ita, ut partes omnes ejusdem generis et bonitatis numero pares inter se idem præstent; nec qui unam partem recipit, plus minusve habeat, quam creditor, apud quem altera pars mansit. *L. cum Stichus, 29. D. de sol.* Sin fundus aut similes res non æstimatæ datæ erunt, tum necesse sit ipsum fundum totum repeti, quoniam pars sine alterius injuria recipi non potest. Etenim partem regionibus divisam repeto? plus minusve recipiam, quoniam non omnes regiones fundi sunt ejusdem utilitatis et commoditatis. Rursum repeto indivisam? in communionem cum creditore incido non sine incommodo propter discordias, quas materia communionis solet excitare. *L. cum pater, 77. §. dulcissimis, C. de legat. 2.* Quam ob caussam bene Ulpianus in proposito ait neminem compelli ad communionem. *d. L. si non sortem, §. si centum, de cond. ind.*

XVIII. Ac de re ex indebito soluto prin-

(6) Cujac. 8. *Obs.* 35. casum *d. L.* 21. ex dicta constitutione *L. pen. C. h.* excipiendum esse.

(7) Et ibi confusio significat compensationem. Vid. *not. supra C. 7. h. t.* Male itaque Hotom. 3 *Obs.* 5. et 7. *Obs.* 11. verba *cum pecunia* in d. *L.* 26. §. 4. expungit.

cipaliter debita, quæ et condiei possit, satis dictum est. Veniunt, ut proposui, in condictionem indebiti, et quidem jam ab initio sine ulla accipientis mora, etiam rei debitæ accessiones, quæ quidem ad eum pervenerint, seu quibus factus sit locupletior. Accessiones generaliter nunc voco omnia, quæ is qui indebitum accepit, ex re soluta consecutus est. Quo in numero sunt hæc: Quod rei solutæ accrescit, ut per alluvionem. *L. indebiti*, 15. in princ. *D. de cond. ind.* Quod ex re soluta natum est, ut fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus. *d. L. indebiti*, *L. in summa* 65. *§. penult. eod.* Quod extrinsecus propter rem consecutus est, cujus generis hæc tria, pretium re soluta, forte distracta. *L. si non sortem*, 26. *§. libertus, eod.* Item servo soluto manumisso, ea quæ jure patronatus ad accipientem pervenerunt, ut operæ, munus, donum, liberti hereditas *d. L. in summa*, *§. penult. eod.* Postremo ædibus solutis, merces habitationis, quanta is qui accepit ædes conducturus esset, quibus et ipse usus est, ead. *L. in summa*, *§. pen.* Nam et hoc ed eum pervenisse intelligitur, cujus beneficio consecutus est, ne ad eam summam in suo esset pauperior. *L. in pupillo*, 47. *D. de solut.*

XIX. In his propria quædam hujus condictionis et similium, ac veluti singularia notanda sunt, ne forte exemplum cæterarum caussarum et actionum velut contrarium hic nos conturbet: nempe illa duo, et quod de fructibus rei solutæ, et quod de pretio ejus distractæ diximus. Nam in cæteris caussis cum res debita petitur, non veniunt fructus ne ex mora quidem in strictis judiciis. *L. videamus*, 38. *§. si actionem*, *D. de usur.* In hanc actionem veniunt jam inde ab initio ex quo sunt percepti. *d. L. indebiti*, 15. *de condict. indeb.* Item re debita a debitore distracta, cujus ipse dominus fuit, non ideo in cæteris caussis pretium debere incipit, qui antea non debuit. Unde evenit, ut si res distracta postea pereat ante moram, ipse omni ex parte liberetur, ut nec pretium restituere debeat ante non debitum, nec æstimationem rei, cujus interitu sit liberatus. *L. venditor ex hereditate*, *D. de hered. vel act. vend.* contra, quam in indebito soluto atque hac condictione fieri respondemus. *d. L. si non sortem*, 26. *§. libertus de condict. indeb.* Cur hæc tam varie? Quia in cæteris caussis res debitas petimus, quæ nostræ non fuerunt, aut si fuerunt, pervenerunt ad eos ex justa aliqua caussa nostro consensu, ut significatur in *d. L. videamus*, *§. si actionem de usur.* In hac condictione et similibus petimus, quod nobis de nostro abest, et apud alium est sine caussa, utpote tanquam debitum solutum, quod debitam non fuit. Nihil æquius, quam ad nos redire id omne, quod de nostro apud alium est sine caussa. Unde et hæc condictio introducta dicitur ex æquo et bono. *L. penult. D. de condict. indeb.* Nibil magis secundum naturam, quam neminem de alieno locupletiorem fieri cum detrimento alterius. *L. nam hoc.* 14. *D. eod.* Hinc dicta hæc condictio naturalis, in *L. indebiti*, 15. *D. eod.* non ob aliam caussam, quam quod naturæ id est boni et æqui regula utitur ad res exigendas, quas in rebus nostris, quæ sine caussa ad alium pervenerunt, præstari æquum est.

XX. Sed quemadmodum supra scripta veniunt in hanc condictionem; ita ex eadem naturæ et æquitatis regula non ultra veniunt, quam quatenus is qui accepit, qui se suis uti justissimo errore putavit, (8) locupletior his factus est. Itaque si paucos fructus percepit homo negligentior, solum reddat quos percepit. *L. indebiti*, 15. *D. de cond. indeb.* Si rem vendidit minimo, non plus reddat, quam consecutus est. *L. si non sortem*. 26. *§. libertus, eod.* Ædibus solutis inhabitatis æstimationem præstat habitationis, sed quatenus ipse conducturus fuerit. *L. in summa*. 65. *§. pen. eod.* Hac ipsa de caussa, cum usuræ non sint in fructu, neque natura, sed negotiatione percipiantur. *L. usura*. *D. de verb. signif.* *L. si navis*, *D. de rei vind.* fit, ut pecunia ex caussa indebiti soluti debita, hæc repetatur sola, non etiam usuræ accedant, ne ex lite quidem contestata. *L.* 1. *C. de condict. ind.*

(8) Recte tametsi diss. Jac. Schult. *Pract. QQ. Cap.* 28. *n.* 81. *et seqq.*

C A P. XIX.

Ad L. frater a fratre 38. D. D. de condict. indeb.

Opportunitas atque ordo hujus Commentarii.

His cognitis, quæ ob caussam præteritam dantur, tempus esse videbatur, ut transiremus ad ea quæ dantur ob caussam futuram, ut erat propositum. Sed priusquam id faciam, hic me revocat, ac veluti aurem vellit celebre illud et nobile responsum Africani, cujus initium est frater a fratre. Quod cum inciderit in tractatum de condictione indebiti, quasi etiam ad eam partem pertineat, non patitur se a me silentio præteriri. Visum est igitur priusquam hinc discedimus, attingere hoc loco, ejusque explicationem, quæ quidem mihi videatur, quam brevissime et dilucidissime fieri poterit, subjicere. Id quod eo faciam libentius quod omnibus ætatibus de eo responso inter (1) doctissimos interpretes varie certatum sit, et ejus explicatio ab his qui hunc titulum tractant, soleat exspectari. Summam disputationis et sententiæ Africani breviter proponam, ut ea animadversa, facilius deinde quid toto hoc responso in singulis ejus partibus ambigatur, et quo quidque pertineat, intelligatur. *Frater a fratre cum in ejusdem patris potestate ambo essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Quæsitum est an repetere possit.* Totidem verbis Africanus ex facto quæstionem ponit. Quæstio in eo est, an frater pecuniam mutuatus eam debuerit. Si debuit, non repetet, ne si natura quidem tantum debuerit. Si non debuit, indebitum condicet ea lege, qua cætera, quæ indebita soluta sunt, repetuntur: eum scilicet per errorem facti soluta sunt. Nunc quidem de indebito solum quæritur. Et de hujus fratris obligatione ita statuatur: Frater fratri, quoad pater vivit, cujus in potestate est frater creditor, debere nihil potest. Si quid enim hinc deberi cœperit, hujus commodum patri acquiritur. Ita patri deberi incipiet, non fratri, si quid frater cum fratre contraxerit. Mortuo patre, frater pecuniam mutuatus fratri creditori debere incipiet, pro qua parte frater creditor patri heres exstiterit. Hic enim in partem obligationis paternæ succedit. Ex his de proposita quæstione judicetur. Nempe ergo pro qua parte frater debitor heres patri exstitit repetet: quia neque vivo patre unquam fratri debuit, neque mortuo patre, cœpit pro ea parte debere. Pro ea autem parte, qua frater creditor

(1) Nam in ejus sententia eruenda multum insudarunt, non tantum veterum interpretum primarii Bart. Bal. Fulg. Castr. Jas. et alii, sed et noviorum nobiliores Zas. Coras. *in Comm. ad h. L.* Duar. *h. t. C.* 6. Cujac. 9. *ad Afric.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 30. Hotom. *in Disput. ad h. L. et in Append. contra* Lescur. P. Lorint. *de Jur. arte Tr.* 3. *de Consangu. Ax.* 28. *et seqq.* Charond. 1. *Verisim.* 9. Henr. a Suerin. *Repet. Lect. C.* 10. Vinc. Cabot. 1. *Disput.* 22. et 2. *seqq.* A. Fab. 20. *Conj. ult.* Tametsi autem Cabot. *d. C.* 22. hoc responsum sermone magis hominum haberi quam re ipsa esse difficile velit, res tamen ipsa et constans aliorum opinio, ut de auctore taceam, reclamat. Unde Bart. *h. L.* re et fama difficilem esse scribit, ut nulli in toto corpore juris cedat. Ac Jas. legem hanc intricatam obscuramque vocat ut cum *L. Gallus* conferri mereatur, vixque statui possit, utrius difficultas major. Liceat hic mihi, per veniam eruditiorum, (lividorum enim, quos mihi multos scio, tantum abest ut censuram extimescam vel deprecer: ut sacra Pallori faciens, cum avidius ambiam tentare, numquid aliqua ad mentem Africani adferre, verumve sensum eruere valeam. Præmittam autem quasdam conclusiones loco præmunitionum, quæ ad faciliorem perceptionem facere videntur. I. Concl. Jus naturæ fictionem non agnoscit. Est enim fictio commentum juris civilis ad usum vitæ communis, contra naturam rerum veritatemque accomodatum, ut Althus. 1. *Jurisp.* 1. *per Leg.* 2. *de Usuf. ear. rer. L.* 54. *de O. et A. Fac. L. filio* 23. *d. t.* Immaginaria enim sunt ad imitationem et similitudinem rerum naturalium conficta, vid. Cur. *tit.* 2. *Conj. ad Fr.* 13. Aug. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via Jur. C.* 20. *toto.* II. Cui consequens in obligatione naturali per se, et quoad naturales effectus, non ad LL. commenta et argutias attendi, sed veritatem solam spectari, eaque a fictione civili distingui. *L.* 8. *de Cap. min.* Unde nec per fictionem civilem perimitur, ut per emancipationem *h. L.* §. 1. et 2. 11. *de pecul.* Et hactenus recte Hotoman. III. Unionis fictio jure civili inducta tum inter patrem et filium, tum inter fratres ejusdem familiæ genuina ratio est, cur filiusfamilias patri; itemque filiifamilias Fratres sibi invicem civiliter nec obligentur nec obligent, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 23. *N.* 2. IV. Cessante igitur illo impedimento, jure naturæ, non impeditur obligatio naturalis. Quo circa illa non tantum inter patrem et filium, sed et inter fratres ejusdem familiæ vere consistit. Quod

heres exstitit, non repetet: quia et pro ea parte debere cœpit, successione. Hoc ita est, nisi obligatio naturalis, quam unam in hac specie intercessisse intelligimus, pro ea etiam parte sublata proponatur. Sic autem tollitur, si ex peculio fratris debitoris tantum ad creditorem fratrem pervenerit. Ita enim statui debet, apud quemcumque peculium filiifamilias sit, una etiam ad eum transire obligationem ejus, cujus peculium fuit, ut extraneis etiam creditoribus filii inde solvere debeat. Quod si extraneis debet,

cum Hot. agnoscunt Rob. Sverin. et A. Fab. *dd. locis.* Idque probat tum *h. L. nostra pr.* ibi naturalem obligationem quæ fuisset, et in *fi. pr.* ubi habetur comparatio fratris cum extraneo, quæ si constare debet, liquet fratri non deberi, tanquam heredi patris, ut vulgo et Cujac. sed tanquam fratri, qui credidit, cum certum sit extraneum illum, a quo comparatio ducitur, non esse heredem, Sverin. *d. loc.* Et ut in priori membro comparationis, quando extraneo debuit, intelligitur tempus vitæ paternæ, quo cum eo contraxisse ponitur, ita, et in posteriori in verbis *quod fratri debuisset*, idem tempus intelligetur. Tum aliæ ut *L.* 9. §. 3. de pecul. *si quid his debeatur qui sunt in ejus potestate.* Clarius *L.* 7. §. *pen. d. t.* ibi, *aut si debitorem ejus et* §. *ult. si quid et conservus debet* et *L.* 17. *d. t.* verbis hisce: *sed etsi quid* (vicarii) *non mihi* (domino) *sed ordinario servo debent, deducetur de peculio eorum, quasi conservo debitum.* Quod si itaque inter conservos naturalis obligatio, facilius inter confiliosfamilias. Itemque *L.* 6. *de pecul. leg.* verbis: *Siquidem nihil sit quod servus domino vel conservis, liberisve domini debeat.* V. Eadem fratri semel quæsita, per se ipsa, et quoad effectus naturales persistit, ac in persona fratris, ejusdemque filiifamilias creditoris permanet, neque ab ejus ossibus avelli potest, ipsa naturæ ratione obstante. Quod tum *dd. LL.* clare probant, maxime verba *d. L.* 17. *non mihi.* Tum rationes Hotom. firmant, cui in eo Sverin., et A. Faber consentiunt. Quarum potiores hæ: 1.° Ut patri acquirat filius obligationem aliasque res, est ex LL. argutiis et fictione unionis *supra Lib.* 9. *C.* 6. *N.* 1. *et Lib.* 12. *C.* 17. *n.* 2. In obligatione autem naturali nudum factum consideramus, non juris effectum. *L.* 41. *de pecul.* nec fictioni locus *supra Cuneius.* 2. Naturaliter igitur creditor qui numeravit; debitor qui accepit. 2.° Sic et alia quæ naturalia dicuntur nec patriæ nec dominicæ potestatis vi transeunt, ut possessio naturalis *L.* 24. *de acq. poss.* et ex similibus probat A. Fab. *per L.* 44. *Pr. et* §. 1. *de cond. et dem. L.* 21. *de adim. leg.* 3.° Si obligatio filii creditoris quæritur patri, ad eundem quoque transibit obligatio filii debitoris, et sic passiva, ut vulgo vocant, ex natura relatorum, et per regulam *L.* 9. §. 1. *de Usuf. L.* 10. *de R. I.* et quia ex negocio filii cum extraneo contracto pater et creditor ex credito, et debitor ex debito efficitur. Quo posito pater hic erit ejusdem rei nomine creditor ex persona mutuantis, et debitor ex accipientis, quod natura non sinit. 4.° Alias non poterit pater filio naturaliter obligari, si obligatio filii activa quæritur patri. Atqui potest. Quare si patria potestas, quæ personam ipsam simul ac res filii suo arbitrio subjectas habet, non obsistit naturali vinculo, quanto facilius eodem frater fratrem, in quem nulla ei est potestas tenebit alligatum. Nec hujus argumenti vim tollit solutio Donelli nostri hic, quia præsupponit quod hæc obligatio patri acquiri possit, in quo conditio naturalis obligationis et superiores rationes resistunt. Ac si propositi contrahentium ratio habenda, neque hic neque illic patri acquiri debet obligatio. Neque enim frater a fratre mutuando hoc agit ut patri reddatur. Minus eam eludit Cujacius, acquiri scribens obligationem ipso jure, quandiu pater illa acquisitione non utitur, id est quandiu filium peculium habere sinit, non intelligi acquisitam. Extincto peculio, apparere acquisitam fuisse. Nam immo pater filio obligatus manet, sublata potestate et peculio extincto *h. L.* §. 2. Et quo magis dices ipso jure acquiri, eo magis in absurdum illud incides, quod eodem instanti obligatio simul et produci et confusione extingui videatur. A. Fab. *Cap. ult.* 5. In obligatione naturali æquitas sola et maxime spectanda, ex eaque et sola jure naturæ, remotis personarum differentiis, illa metienda et æstimanda. vid. *Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 2. Æquitas autem fidei servandæ et jus naturæ jubet fidem servare illi cui data, solvere cui promissum est. Quare nec si patri præstiterit a fratre mutuatus, obligatione naturali liberabitur, quia naturalis simul et civilis ratio suadent ne solutio liberet quam quæ creditori fit, eove consentiente alteri *L.* 39. *de neg. gest.* Idque ad naturale debitum quoque pertinere ostendit A. Fab. *d. C. ult. pag.* 167. *per L.* 3. *et* 4. *L. invito* 12. *C. de sol.* VI. Concl. Tametsi obligatio naturalis ipsa a persona filii non recedat: effectus tamen illius civiles, quos a LL. accommodatos habet, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 2. *n.* 15. ad patrem pertinent, atque ad illum transit emolumentum illius. Soluta quippe pecunia patri acquiritur, compensatio illius commodo cedit etc. Atque hactenus vera vulgo DD. sententia probata a Cujacio et Donello non autem simpliciter. Subodoratus hoc ex antiquis Bal. *ad h. l.* *n.* 5. sic scribens. Naturalis obligatio radicatur in filio, quantum ad principium acquisitionis, sed quantum ad effectum consequutionis et emolumentum respicit patrem solum, cui est jus quæsitum. Et ideo si succedit patri, confunditur obligatio. Ita autem dum distinguunt Sverin. Rob. et A. Faber commode objecta *ex L.* 79. *de acq. her. l.* 1. *si a par. fu. man. etc.* diluunt. Neque hæc inanis argutia, aut omni effectu ideo carens obligatio in filio; sed effectus qui sunt naturales manent. Efficit hic impedimentum ju-

mullo magis sibi. Hæc Africani sententia est usque ad illum locum. Quæsitum est. Quæ an recte a nobis expressa sit, quamque rationem habeat, videamus: expendamusque ad eam rem sigillatim ipsius responsi partes. Speciem primum, deinde quæstionem summam, tum sententiam et rationes Africani.

In specie hæc animadvertenda. Primum, quod proponit fratres tum, cum mutuum inter se inibant, in ejusdem patris potestate fuisse. Id in fratre crediture fingi necesse est, ut procedat quæstio. Hic enim si esset emancipatus: non modo ei frater obligari posset naturaliter, sed et mutuo accepto, obligaretur civiliter, ut est conditio in obli-

ris civilis non ut effectus naturalis, qui est solutio, impediatur. Fieri enim illam jubet jus naturæ ipsi fratri, cujus fidem frater secutus. Sed ne sic solutum filiofamilias fratri, qui credidit, ipsi acquiratur. Non quia is obligationis naturalis acquirendæ vel retinendæ, sed quia dominii incapax. Jus civile efficere non potuit ne frater fratri ex naturali mutuo naturaliter obligetur. At hoc effecit ne ex ea caussa solutum ejus proprium fiat, quia proprium aliquid illum habere extra causam militarem vel quasi non permisit. Quin et cum pater Ipse filio obligatur naturaliter, licet ipsa obligatio sit filii, cum patris esse non possit, ex DD. etiam sententia; non tamen emolumentum illius. Nam quando Illud debitum naturale pater esolvet, non inde fiet ut filio quæratur, ac ex patris dominio exeat, sed id tantum ut filius istud separatum a patris rationibus in peculio habere incipiat, vel si ex peculio crediderit, in illud recipiat. Pariter et hic si filiusfamilias fratri ex peculiaribus nummis (ceu plerique ponunt) credidit, atque a fratre solvitur vivo patre, aliquis effectus naturalis in persona filii. Nam si pater omnimodo creditor esset: soli illi solutio fieri posset, vel saltem facta fratri qui crediderat, nihil illi in pecuniam tribueret, sed simpliciter ea ad patrem transiret, nec peculiaris fieret, nisi nova sequuta concessione patris. Nunc autem quia obligatio aliqua naturalis adhæret ipsi fratri, solutum ita recipit, ut in peculium, ex quo numeravit, revertatur, atque ita licet non dominium, tamen administrationis facultatem in ea consequatur. Interest quoque et hoc quod pater creditoribus aliis filiifamilias de peculio ad illius vires tenetur. Expedit igitur illis obligationem hujusmodi esse peculiarem, quam si patri omnimodo obveniret. Denique remoto impedimento incapacitatis dominii filio efficaciter solveretur. Ut si pater filium emancipaverit vel donato vel non adempto peculio, quo casu donassa censetur *L.* 31. §. 2. *de don.* Si tunc ei solvatur, nec obligatio ante perempta fuerit, dominium ei nummorum acquiretur. Quod non fieret si obligatio tempora potestatis contracta, plane patri quæsita fuisset. Quibus ita firmatis objecta DD. solvenda. Cum prima autem ab illis ut et Donello nostro hic urgetur *L.* 9 §. 3. *de pecul.* Sane eo textu commotus Accurs. *ad h.* licet ab omnibus desertus, colligit duas, ex hujusmodi filiifamilias vel qui in potestate est, negotio obligationes naturales oriri. Quarum una patri dominove quæratur, altera maneat apud filium; atque ita patrem et filium similes esse duobus credendi reis.

Probabilius quam DD. et maxime Cujacius, qui obligationem ne momento quidem in persona filii subsistere sentit, cum tamen aperte *d.* §. 3. dicat: *si quid his debetur hoc quoque, etc.* Hotom. hinc se rite non expedit, dum modo vult abusive istud dici et impropriissime, quod verba *nemo ambigit* non patiuntur 2° teotat id ad peculium filiorumfamilias extendi non debere. Sed ratio discriminis nulla idem nec diversitas. 3.° *in Append. contra* Lescur. accipit *d.* §. 3. quoad juris prætorii effectum, non quoad factum et jus naturale. Et hic quidem melius. Aliqua enim civili ratione, quatenus ipsius servi peculium domini, filiifamilias patris est, dici potest domino deberi. Nec obligationa mere naturali aliquem civilem respectum, ratione videlicet effectus ac commodi accommodare inconveniens. Commode se expedit Sverin. *d. t.* 10. ad similitudinem civilis rationis ea dici contra eum, qui de peculio agens, adversus patrem dominumve, ejus vires excutit. Ubi pater ad hoc ut peculium minus æstimetur, merito dicere potest sibi deberi quod filio suo alteri vel servo a fratre vel conservo, naturaliter debetur. Reliquis objectis qui occurri debeat ex dictis appatet Dominii et possessionis plane diversa est ratio, quæ non personam, sed rem respiciunt etc. at dominium juris est, non facti, et possessio, quatenus facti est, ipsius servi; nec domini, nisi mediate possidentis per servum. VII. Concl. Confusione ex successione, proportione hereditaria, perimitur etiam obligatio naturalis. vid. *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 16. VIII. Peculia liberorum mortuo patre ad communionem in hereditate vocanda *d. L.* 13. *C. Fam. erc.* Eademque tunc jus ac nomen peculiorum amittunt, conversa In causam hereditatis, eamque augentia. Nam cum peculium non sit patrumfamilias; morte autem patris, filiifamilias esse desinant, necesse est peculium quoque perire, ut A. Fab. 20. *Conject. ult.* Hinc profectitium peculium non dicitur conferri, sed dividi *L.* 12. *C. de Collat.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 30. Vocatur autem hic peculium per anaphoram, relatione habita ad tempus vitæ paternæ, sicuti et sæpe hereditas adita vel acquisita. IX Æs alienum onus quidem peculii *L.* 32. §. 1. *de pecul. et sim.* Quod tamen id dicitur ipso jure exinde minui *L.* 30. *pr. de act. em.* id civiliter intelligendum. Naturaliter enim ex dabito augetur, atque accessione crediti aliunde accepti, illatque crescit potius. Nam si ad quantitatem æris alieni imminueretur, ut tanto minus in eo censeatur ad quantum exsolvendum obstrictum est, utique quo casu nihil am-

gatione contrahenda filiorumfamilias: quos placet ex omnibus caussis obligari, non secus atque patresfamilias. *L. filiusfamilias, D. de obligatione, et action. L. tam ex contractibus, D. de judic.* Ita obligatus, si fratri creditori solveret, sive vivo patre, sive mortuo id faceret, solutum repetere non posset ab eo, qui sibi debitum recepisset. In fratre debitore eamdem potestatem intelligi ad quæstionem propositam non est necesse, quoniam etiam si sit emancipatus, æque futurum sit, ut fratri, qui in patris potestate

plius in peculio quam debito, magisque illo quo peculii vires debita excedunt, plane interiret. Quia eadem ratio imminutionis quæ extinctionis, eadem partis quæ totius *L.* 76. *pr. de R. V.* Cui consequens esset, quod juri omnino repugnat, actioni de peculio locum non dari, quando credita peculiaribus bonis majora, quasi nec tum esset amplius peculium. X. Ex quo infertur *in specie h. L.* illatum fuisse peculium fratris debitoris naturaliter; hoc est quæcunque in illo bona, reipsa et de facto reperta, sive a patre alias profecta, sive ex credito illata, aut comparata, sine deductione debiti cæteris bonis hereditariis fuisse permista et in communionem revocata. Quod et planissime probat v. *idque maxime consequens h. L.* In quo dum diversum sentiunt Hotomannus et A. Faber, licet diversimode, a vera caussæ constitutione deviare videntur. XI. Mutuum ex civili magis ratione quam naturali dominium in creditore exigit. Hinc mutuum naturale inter patrem et filium, fratresque ejusdem familiæ, cum tamen dominium a mutuante patre non recedat, nec in filium transeat. XII. Condictio indebiti exigit facti errorem vid. *supra C.* 14. In quo errat Hot. *d. loc. p. m.* 511. fratrem ideo solvisse, quod crediderit se civiliter et efficaciter obligari, scribens. Nunc ad speciem responsi accedo, casum ita constituens: Cajus et Sejus in patris communis Titii sacris, Sejo pater assignavit peculium, forte in 100. Idem a Cajo petit et accipit mutuo 100. Sive autem ex peculio suo Cajus crediderit, sive ex pecunia paterna, cujus forte administrationem habuit, parum, mea sententia, refert, et recte Jason, posse hanc legem in utroque, ut loquitur, verificari. Nullum sane sat clarum in verbis hujus responsi indicium, peculiares nummos fratri, qui peculiatus (ut vocat *L.* 18. *de ad. ed. L.* 13. §. 4. *de act. em.*) proponitur, numeratos fuisse. Diem functo patre, filius uterque heredes ex æquo, bona dividunt, illato prius Seii debitoris peculio, ita tamen ut nulla ratio haberetur reputationis et deductionis debiti naturalis, ut *supra Concl.* 10. Postea aliquo facti errore, juxta *Concl.* 12. Sejus solvit Cajo 100. Quæritur an condicere possit. Dubium movet naturalis obligatio cui soluti retentio e legibus indulgetur. Resp. IC. dist. Pro parte hereditaria utique repetit, id est sive plus sive minus ex peculio ad Cajum venerit, immo etsi nihil. Rationes decidendi quas reddit A. Faber in specie licet aliquantum dispari 1.° specialior. Cum peculium morte interierit, resque peculiares hereditariæ effectæ *supra Concl.* 8. obligatio quoque illa naturalis, onus, peculii, *Concl.* 9. hereditaria reddita, atque ita pro parte, qua debitor heres, confusione sublata, per *Concl.* 7. 2.° generalior. Quia obligatio naturalis: effectus civilis, illi coortus, acquisitus patri, per ea quæ *Concl.* 6. ex ipso tempore contractus: Jus videlicet retinendæ pecuniæ, non uti debitæ, per *Concl.* 5. sed uti per solutionem quandocunque tandem ea fieret filio, acquirendæ. Quare cum filius post mortem patris solvit, perinde habetur, ac si solvisset vivo patre. Quo casu utique ei solutum acquisitum fuisset, idque in hereditate reperiretur, adeoque suam partem Sejus ex eo jure successionis reciperet. Quocirca ne Seii debitoris deterior nunc sit conditio, repetit indistincte pro parte sua hereditaria, qua patri successit, non quidem in jus creditoris ut DD. vulgo Cujacius et alii, sed in jus retinendi quod solutum fuisset. Quo ipso res quasi in pristinum casum redit, æqualitasque inter fratres servatur. Pro altera vero parte subdistinguit. Si nihil ex peculio Seii ad Cajum pervenerit: nihil repetitur; sin plus vel tantum, quanta medietas pecuniæ mutuo datæ, naturalis obligatio et ex ea parte expiret. Sin minus ad concurrentem quantitatem. Idque propter obventionem quidem partis peculii, ut diserte Africanus. Non tamen potestate confusionis alicujus, ex successione hereditaria; sic enim nulla virium peculiarium, excederent debitum, an excederentur, ratio haberetur; nec successionis in peculium ut Bart. Bal. Jas. et Antiqui et Cujac. quasi diversa sit hæc successio a successione hereditaria, quod convellit *Concl.* 8. sed solutionis ac deductionis, quam alia a confusione A. Fab. *d. C.* 20. *pag.* 168. Quia deduci debuit ac potuit debitum naturale, nec id factum: sed res omnes ut naturaliter repertæ, ita communicatæ ac divisæ: In illis autem fuit et pecunia a fratre accepta, resve inde paratæ. Quæ dum una ad fratrem cum aliis peculiaribus bonis, pro parte dimidia, reversa: eo ipso sane partem eam debiti is consequutus: ut si iterum errore aliquo solvatur: indebitum præstitum censeatur. Exemplis hæc quam potero dilucida faciam. Ponam casus ubi peculium majus debito naturali reperitur, ubi æquale, ubi minus, ubi nullum. Ubique præsupponam filio peculiato a fratre credita 100. Ubi majus. Finge. In hereditate reliqua 1000. Peculio naturaliter insunt. 200. videlicet 100. aliunde, et 100. ex credito accepta. Hæc 200 ad communionem revocata, non deducto onere debiti 100. Contributis universis bonis ut 1200. ac divisis, pro se quisque fratrum consequitur 600. Postea Sejus Cajo solvit 100. Qua re factum ut Cajus tum habuerit ex hereditate 700. Seio remanserit 500. Hic amplius ex peculio medietate debiti adeptus Cajus, ideoque integra 100. repetuntur, quibus receptis res

est, non magis obligetur, quam si et ipse esset in ejusdem patris potestate.

Illud deinde in eadem specie observandum, quod proponitur frater debitor post mortem patris solvisse. Quod ideo fingit Africanus, ut hic quoque procedat quæstio. Nam si frater debitor, vivo patre, fratri suo solvat, repetitionem non habebit citra controversiam. Emancipatus ideo non repetet, quia debuit saltem patri, cui nunc hæc pecunia acquiritur. Sed nec repetet frater filiusfamilias, quia ut ex eo facto soluti condictio esset, ea tamen patri acquireretur, quam is suo jure exercet. Nam filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet. *L. filiusfamilias. D. de obligation. et actionib.* At mortuo patre, si frater debitor, fratri solvat, quod frater non debuit, est, et qui re-

in pristinum statum revertitur, eundemque effectum habet, ac si vivo patre illa 100 soluta essent. Ubi æquale: Pone divisa bona cætera hereditaria 1000 collato peculio, in quo 100 quod ipsum tamen in tantundem Cajo obstrictum: Cuique obvenere 550. Postea solvens 100 fecit ut sibi tantum superessent 450 fratris autem bona, accessione 100 aucta conficerent 650. Hic quoque integri exsoluti repetitio tribuitur, eodemque res, ut in priori casu, redit. Ubi minus: Sejus creditis a fratre 100 mortis paternæ tempore, et ex aliis profectitiis et ex conjunctis illis, quæ mutuo acceperat, in universum habuit in peculio 50 reliquis suo vel fortunæ vitio perditis, contributis his 50 et reliquis 1000 divisis, obtingunt cuique 525. Postea 100 solvit Sejus. Unde illi reliqua 425. Cajus autem habere incipit 625. Repetuntur hic utique, idest sine dubietate, 50 pro parte hereditaria ipsius Seii, quia pro ea in jus retinendæ pecuniæ illius quandocunque solveretur, patri successerunt, ut *supra*. Pro parte autem Caii creditoris tantum 25 quantum videlicet ille antea ex peculiaribus, quæ superfuerant, bonis, adeptus erat. Hinc fit ut post receptionem 75. Cajus retineat 550. Seio vero fiant 500 ut ita creditori Cajo nihilo plus minusve relinquatur ex bonis paternis, quam si mutuo naturali non contracto, pecunia nunquam sive ex bonis paternis, sive, quod perinde est, ex peculio Caii ad fratrem pervenisset. Datur enim hæc condictio non ultra quam accipiens factus locupletior. Quanquam autem hoc casu, si frater, cujus peculium imminutum, non solvisset: nulla contra eum, nec ratione 25 daretur exactio ob infirmitatem obligationis naturalis, cui jus Civile hactenus non adsistit: nihil tamen mirum rem alio perduci solutione facta, cum sæpe veniat, ut cui actio non competit, ei retentio concedatur. Ubi nullum. Sejus mutuatus a Cajo 100. Omnibus consumptis nihil in peculio, quod reperiretur, retinuit. Paterna alia bona 1000. Ex quibus quisque frater percepit 500. Sejus solvit 100. Cajo. Hic quia nihil ex peculio Cajo obvenit, pro parte illa, qua Cajus heres, negatur repetitio: pro parte vero Seii conceditur. Eveniet itaque ut repetitis 50. Cajus retineat 550 quod videlicet ex successione paterna habiturus, si mutuatio nec facta fuisset. Tunc enim hereditaria bona effecissent 1100. Pro parte vero altera qua Sejus debitor heres, tam hoc casu quo nihil in peculio, quam superiori, quo minus debito, plane expiravit obligatio, non secus ac in prioribus duobus casibus. Quod probant non tantum vocula *utique* in nostro responso, id est indistincta nullo respectu ad vires et substantiam peculii habito, et superiores rationes, quia obligatio peculiaris hereditaria effecta, et quia in jus retentionis filius debitor, pro quota hereditaria successit, sed etiam illa æquitatis, qua naturalis obligatio regitur ratio. Quia bona fides quenquam amplius quam semel sibi debitum vel exigere vel quacunque ratione obtinere vetat *L. 57 de R. I.* Atqui pro illa parte, quantum creditorem habere ex vi obligationis naturalis æquum est, tantumdem ex bonis paternis adeptus est, etiam iis casibus quibus fratris peculium nullum. Nam si in proxime posita repetitionem in solidum deneges, quod consequens lectioni neganti, si voculam *non* inferas: evidens fiet injuria fratri debitori, et iniquum lucrum, sive ex culpa sive ex infortunio hujus fratri creditori accresceret. Qui enim si res omnis integra esset, nec ulla mutuatio naturalis processisset, ac proinde 100 illa vel in rationibus paternis vel in peculio creditoris (nam et illud communicare fratri teneretur *L. 13. C. Fam. erc.*) mansissent, ultra 550. jure hereditario non habuisset, 500 ex bonis non peculiaribus, 50 ex suo peculio; eidem per hanc occasionem 600 tribuerentur, magno cum fratris detrimento. Quod æquitas illa, quæ tum retentioni, si repetenti resistit, tum condictioni indebiti, si adsistit, causam dat, non patitur. Supereat ut expediam quibus modis suam sententiam Africanus comprobet. Utitur 2. argumentis confirmandæ posteriori parti. Nam priorem partem non probat, adeo extra dubium existimans id de quo maxime nunc (ab Hotomanno cum primis) contenditur. Prioris argumenti vis hæc: Si Sejo pater testamento prælegasset peculium, Cajus deduceret id quod sibi debetur, intellige pro parte hereditaria. Pro parte enim fratris indistincta sublata obligatio per ante dicta. Finge. In hereditate reliqua 1000 Prælegatum peculium Sejo fratri debitori cui naturaliter insunt 200. Ex his debentur Cajo 100. Cajus pro sua parte deducit 50. Quia si nihil creditum fuisset ac illa 100 vel in rationibus paternis vel in peculio Caii mansissent, tum ex illis 100 non obstante prælegato dimidiam consequeretur. Non autem amplius inde feret, quia etsi ponamus ex peculio suo credidisse, tamen et id, si sibi non æque prælegatum, inferret hereditati, ex eoque dimidia debitori obveniret. Quare et obligatio peculiaris activa, in 100 fratri communicatur, communicata pro ea parte confusione perimitur. Ne igitur hoc interpretemur cum quibusdam, quasi hoc casu integri debiti fiat

petere possit, et a quo possit repeti. Uterque enim morte patris sui juris factus est. §. 1. *quib. mod. jus pat. pot. solv.* Hoc posito, quod diximus. Quæsitum est, ait Africanus, an qui solvit, repetere possit? cum res ipsa docet, tum ex responso Africani facile intelligetur.

Responsum ita se habet, ut Africanus referre existimet quam partem hereditatis hic spectemus, utrum eam ex qua is qui solvit, patri heres exstitit; an eam ex qua exstitit frater, idemque creditor. Successisse enim patri fratres supponit, quod etiam sine testamento futurum est: quippe cum patri heredes sint sui et necessarii, ut qui in potestate morientis fuerunt. §. *sui*, *Inst. de her. quæ ab int. def.* Ait ergo, utique quidem pro ea parte, qua ipse qui solvit, heres exstitit, repetiturum. Hoc expendamus. Cur repetit? non alia ratio esse potest, nisi quia non debuit: cum, ut dixi, hoc loco non de errore solventis, sed de ratione Afriranus disputet, ut tam frequens mentio obligationis naturalis, quæ sequitur, indicat. Hoc ergo quæramus, an frater fratri obligetur. Et vero ita statui debet, fratrem fratri, quid autem frater dico? immo adeo extraneum quemvis a filio, qui in potestate patris sit, neque mutuam pecuniam ab eo accipiendo, neque quovis alio modo cum eo contrahendo, ei obligari. An quod cum filiofamilias nihil geri potest, ut is qui cum eo contraxerit, non obligetur? Minime vero hac ratione: Nam frater filiusfamilias si a fratre, qui in ejusdem patris potestate sit, pecuniam mutuetur, is qui accipit, obligatur. Etenim si caussa obligationis quæritur, justa caussa est mutui, ex qua qui accipit, obligetur: cæteri quidem jure civili, filiusfamilias autem saltem natura. *Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr. *L.* 9. In fin. et *L.* seq. *D. de sen. Mac.* Si persona spectatur, filiusfamilias in re contrahenda non alio loco habetur, quam patresfamilias. Certe ex omnibus caussis pariter obligatur uti paterfamilias, ut ante dixi. *d. L. filiusfamilias*, *D. de obl. et act.*

deductio. Inde enim duo absurda. 1.° Prælegatum hoc ipso casu, etsi plus in peculio quam in debito, esset legatario inutile, nec quicquam is plus consequeretur quam habiturus si id percipere non jussus. Posui enim reliqua bona, communicato etiam, si quod fuit, peculio creditoris ex æquo divisa. Si jam ex 200 quæ naturaliter insunt peculio Seii Cajus 100 integra deducit: evenit certe ut in universum neuter plus altero consequatur, defuncti supremo judicio irritato. Majus absurdum si peculium debito æquale vel non multo majus. Pone 150 in peculio, 100 ex eo fratri debita. Hic si ex prælegato peculio deductionem omnium 100 tribuas Cajo; prælegatum non modo non utile, sed et damnosum erit Sejo. Nam 50 plus habebit Cajus, quam frater. Cui tamen etsi nihil legatum ex bonis paternis omnibus, illatis videlicet et contributis utriusque fratris peculiis tantundem obvenire debuisse ex superioribus æquitatis, æqualitatisque ratione plusquam evidens est. 2.° absurdum. Hoc modo IC. suo argumento partem quidem posteriorem suæ sententiæ firmaret, priorem vero plane convelleret. Si enim hac ratione integrum quod credidit consequitur frater, quidni et ex soluti retentione, cujus si non major, certe par habenda ratio. Fiet igitur deductio pro parte hereditaria creditoris. Nec resistunt verba *hujus debiti* indistincte concepta. Fateor enim deduci integrum debitum, sed quod nunc est, tempore quo deducitur, non quod antea aliquando fuit et ex parte peremptum per antea dicta. Applicatio vero argumenti hujusmodi. Si eo casu quo Sejus præcipit peculium, Cajus deducit quod sibi adhuc debetur, utique et si ad Cajum pervenerit peculium, quacunque ratione, sibi ex eo quod pervenit, et quatenus pervenit solvere cogitur. 2. argumenti hæc vis: Si extraneo vivo patre, debuisset frater civiliter, intellige ex alia, quam mutui caussa ob SC. Macedonianum, isque creditor mortuo patre debitum exegerit posteaquam jam hereditas divisa, cui etiam peculium debitoris illatum et commistum, filius tantum repeteret a coheredibus quantum ob iisdem creditori actione de peculio petere licuisset: solidum si peculium debito majus vel æquale fuerit; Sin minus in peculiaribus bonis fuit, quam in debito, tum non in solidum pro quota hereditaria, sed pro viribus peculii in quantum quisque a creditore conveniri potuerunt. Finge. Filiusfamilias debuit extraneo 100. In peculiaribus bonis tantum 60. Tres ipsi ex æquo coheredes. Peculio ut naturaliter repertom hereditati illato ex divisione cuivis obtigere 15. Creditor filiumfamilias, olim, nunc conveniit actione principali ex negocio, quo obligatum tenet, eaque solidum consequitur. Hic filius debitor repetit a coheredibus non 75 pro parte cujusque hereditaria, sed 45 pro viribus peculii, quantum videlicet iidem præstitissent creditori si adversus se actionem de peculio, quæ ad illius usque vires datur, intentasset. Pergit *IC.* in vers. *igitur*. Si nihil adhuc creditor exegerit, metuat autem debitor illam exactionem, cautione sibi prospicere potest, dum peculium hereditati infert, ut indemnis a coheredibus servetur, sed ad quotitatem peculii non in solidum vel ad quantitatem debiti. Inde concludit in vers. *porro*. Quem Cajus frater, qui in proposito creditor servaret indemnem contra extraneum, si de peculio illius participaverit, ne onus debiti solvendi soli fratri incumbat, utique et præstabit indemnem adversus se ipsum, non tamen in solidum, sed pro quantitate peculii quæ ad eum pervenit.

L. tam ex contractibus. D. de jud. Et dubitemus eum qui contrahendo conditionem suam deteriorem facere potest, posse etiam contrahendo acquirere, et meliorem conditionem suam facere, cum hoc proclivius jure concedatur? *Inst. de auct. tut.* Quid ergo est? Nempe hoc est: obligatur quidem frater mutuum a fratre accipiendo, obligatur et quivis extraneus: sed non obligatur fratri mutuum danti, de quo nunc quæritur. Non sane quod per eum fratrem, qui dedit, non acquiratur obligatio; sed quod per eum quæsita, statim ad patrem transeat jure potestatis. Sic enim regula est juris antiqui, rit, ejus emolumentum patri eum acquiquidquid filius qui in potestate est, acquirere. *L. placet, 79. D. de acq. hered. L. 1. in pr. D. si quis a pat. fuer. manumis.* Quæ et post constitutiones Justiniani in peculio profecticio etiam nunc mansit. *§. 1. Inst. per quas person. nob. acq.* Temporibus autem Africani etiam in cæteris peculiis valuit, excepto peculio castrensi et quasi castrensi. *L. 1. §. nec castrense, D. de collat. bon.* Hoc autem posito, fratrem quod a fratre sit mutuatus, non fratri, sed patri debere, quæsita ei obligatione: sequitur aliud, quod statui ad intelligentiam sequentium verborum non tam utile est, quam necessario pertinet: illud, inquam, ut idem frater qui mutuum accepit, quandoquidem patri obligatur, non jam ei civiliter, sed naturaliter tantum obligetur, atque ita in hoc mutuo quod proponitur, obligatio naturalis tantum fuerit, qua frater debitor teneretur. Et hoc est, quod Africanus hanc solam obligationem in proposita specie agnoscit. Subjicit enim; naturalem obligationem quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, et quæ sequuntur. Et recte. Nam inter patrem et filium, qui in ejus potestate est, jure civili nulla actio nasci potest, nisi de castrensi et quasi castrensi peculio, et si quod aliud est peculium, quod patri non acquiratur. *§. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. L. lis nulla, D. de jud.*

Sit ergo hactenus ratio exposita, cur frater a fratre qui in ejusdem patris potestate est, pecuniam mutuatus, obligetur quidem; verum non fratri mutuanti, sed patri, cui per mutuantem quæsita est obligatio, obligetur autem non civiliter, sed naturaliter. De repetitione quod subjicit Africanus, quale sit, videamus. Respondit, inquit, utique pro ea parte, qua ipse (pecuniam mutuatus) patri heres exstitisset, repetiturum. Cur ergo repetet? Non sane quia naturaliter tantum obligatus fuerit, cum vel sola naturalis obligatio ad retentionem soluti satis sit: sed quia omnino pro ea parte non debuit. Neque id alia ratione efficitur, quam quod patri quæsita obligatione, simul evenit, ut nulla obligatio in persona fratris mutuum accipientis consistat. In qua sententia omnes ad nostram memoriam interpretes fuerunt. Et recte. Quomodo enim aliter defenderent, fratrem quod mortuo patre fratri solvisset repetiturum; nisi in eo eatenus nec naturalem obligationem hærere concederemus? Quod cum displiceret Francisco Hotomanno nostro, cœpit is contra omnem sententiam hoc disserere, civilem quidem obligationem per filium quæri potuisse, naturalem non posse: denique si quid frater a fratre acceperit, huic si minus civiliter, naturaliter certe obligari. Consequens esse, fratrem qui solvit, pro ea parte ex qua heres extitit, non repetiturum. Itaque non dubitat locum ita emendare, ut pro repetiturum, quæ lectio est omnium exemplorum, quæ ubique sunt, legatur negative, non repetiturum. Equidem mihi non placere sententiam jam olim Biturigis anno 1560. quo tempore hæc scripsi, publice ostendi in hujus responsi explicatione, ut non dubitem si cui hæc disputatio nunc legetur, neminem tamen existimaturum in gratiam cujusquam aut odium a me eandem nunc emitti; cum audiet a me tam multo ante exiisse, quam quisquam adversus eam idem diceret, vel scriberet. Sed tamen agnosco superiorem sententiam a viro docto magnis et nullo modo contemnendis rationibus defendi, ut si quis his victus idem sentiat, quod ille, si non laude, certe summa excusatione dignum putem, cui in sententia usque adeo probabili contigerit subsistere. Indigne autem facere eos, (2) qui rem aut fuste flagris dignam exagitent. Nos potius qualis sit hæc sententia cognoscamus, et quia istis rationibus utitur, quid de re tota judicandum sit, paulo diligentius consideremus. Ille in persona filiifamilias creditoris obligationem naturalem consistere, nec patri acquiri ait: nos non consistere, et patri acquiri dicimus. Utrum sit verius, quæritur.

(2) Cujac. 9. *ad Afric.* male tractatæ juris disciplinæ Hotomannum arguens, et præconis superdicto monendum *γῆ κακσίρει τὴν νομικήν*. Cui Hotomannus justo dolore lacessitus reponit. Si tibi scutica, et nobis flagrum domi. Alioque superdicto opus scribit, *ἄλλων ἰατρὸς αὐτὸς ἕλκεσι βρύων*.

Nos acquiri, his rebus liquido probari existimamus. Primum regula juris generaliter concepta est, quidquid acquirit filius, ejus emolumentum patri acquiri. *L. 1. D. si a patr quis fuer. manum.* Acquirit ergo et naturalem obligationem: si hanc esse aliquid, si aliquod ejus commodum intelligimus, nisi forte ad hanc regulam pertinere ea dumtaxat arbitramur, quæ civiliter, non naturaliter acquiruntur: in qua ille sententia est. Quid ergo, dominium, quid possessionem, utrum civiliter, an naturaliter acquiri putamus? Nihil horum non naturaliter acquiri dicitur. *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Et tamen plusquam certum est, utrumque per filiumfamilias patri acquiri, et quidem ita, ut nihil magis. *L. acquiruntur*, 10. §. 1. et 2. *de acq. rer. dom.* Quid obligationes, nonne maxima ex parte ex jure gentium proficiscuntur? *L. hoc jure, D. de just. et jur.* Quæ tamen ex his est, quæ per filium patri non acquiratur? *d. L. acquiruntur*, §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Quid est autem juris gentium obligatio, nisi naturalis. *L. cum amplius*, §. *is natura*, *D. de reg. jur.* Quid? cum hereditas per filium acquiritur, in qua fuit aliquid, quod naturaliter defuncto debetur, nihilne amplius quam hereditariæ obligationes civiles patri acquiruntur? Atqui hereditas tota patri acquiri dicitur, nec quidquam vel momento subsistere in persona ejus, per quem acquiritur. *L. placet*, 79. *D. de acquir. her.* Quidni vero per filium patri acquirantur obligationes naturales, cum ab herede in fideicommissarium transferantur? *L. quamvis*, 49. *D. ad Treb.*

Quod si dederimus obligationem naturalem patri per filium non acquiri, jam hoc consequens erit, si quid filiusfamilias cum aliquo contraxerit, si cui mutuam pecuniam dederit, civilem obligationem patri acquiri, naturalem apud filium manere: ita debitorem duobus teneri, patri civiliter, filio naturaliter. Quo concesso etiam hoc recipiendum erit, si debitor filio solverit, condicere eum non posse, quia natura ei debuerit, et quia condicere non possit, eum liberari. *L. si non sortem*, 26. *L. si decem*, *D. de cond. ind.* Quod postremum si falsum est, estque illud juris explorati filium nec paciscendo, nec debitum accipiendo quidquam detrahere patris obligationi. *L. filius*, *C. de pact.* Etiam illud falsum esse necesse, unde sequitur. Sequebatur, autem ex eo, quod in patrem naturalem obligationem non transire ponebamus.

Nihil ratio egerit, nisi hoc quod volumus pene diserte ab Ulpiano expressum est in *L. sed si damnum*, 8. §. *peculium*, *D. de pecul.* Scribit enim hoc modo: *huic definitioni Servius adjecit, et si quid iis debeatur, qui sunt in ejus potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.* Ergo quod servo debetur, id domino debetur. At servo civiliter deberi nihil potest: si quid debetur, debetur naturaliter. *L. nec servus*, 41. *D. de pecul. L. servi*, 14. *D. de oblig. et act. L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* Ita hic sensus est, quod servo naturaliter debetur, id domino deberi. At domino deberi, nisi domino obligatio quæsita sit, non potest. Quod si in servo verum est, nemo dubitabit eodem modo per filiumfamilias patri acquiri: primum quod non alia ratione domino per servum, quam patri per filium, qui in patris potestate est, acquiritur. §. 1. *inst. per quas pers. nob. acq Inst. quod cum eo*, in pr. Deinde quia non de persona hujus aut illius quæritur, sed de naturali obligatione; quæ si non necessario in persona servi hæret, nec necesse est eam in filii persona hærere: cum natura omnes homines æquales sint, neque minus natura servo deberi possit, quam filiofamilias. *d. L. quod attinet*, *de reg. jur. L. si quod dominus*, 64. *D. de cond. ind.*

Sed adduci possunt homines maxime, ut contra sentiant, ex eo, quod in hoc ipso Capite, in §. *contra*, Africanus eum proposuisset patrem a filio, quem in potestate habebat, mutuam pecuniam accepisse, respondit patrem ex ea caussa filio naturaliter obligari, et si emancipato solverit, repetere eum non posse. Quo responso perspicue significat obligationem naturalem, quæ filio quæsita erat, non esse patri quæsitam. Cui si quæsita esset, ipse pater sibi deberet, non filio. Nemo autem sibi debere potest, ut non confusione obligatio tollatur. *L. Granius*, 71. *D. de fidejus.* Ex quo etiam illud eveniret, ut solutam per errorem filio pecuniam posset condicere. Et quod hoc loco Africanus in persona filii et patris debitoris respondet, idem de servo creditore qui cum domino contraxit, a Tryphonino respondetur in *d. L. si quod dominus*, 64. *de condict. indeb.* Neque horum utrumque alios interpretes fugit. Fatentur tamen omnes in hac specie obligationem naturalem neque patri per filium, neque domino per servum acquiri. Et quæ ratio reddi potest, cur hic istis illa non acquiratur? Pro qua sententia hæc ab illo, quem dixi, disseruntur. Pluribus illa quidem, ut ab homine diserto et locuplete, ad hanc tamen fere summam, ut

dicat, si pater filio obligari potest, ut infra hoc responso dicitur: multo magis fratrem fratri posse, cum frater non sit in fratris potestate? Nam quod regula juris facit quidquid habet filius, acquiri patri: negat eam in obligatione naturali sequi nos debere. Ut enim obligatio naturalis, inquit, natura constat: ita in ea personarum condictionem naturaliter spectare debemus. Porro natura et servus debere, et servo deberi potest. *d. L. si quod dominus*, 64. *de cond. ind.*

Quæ nobis diluenda sunt. Ac primum quod hic objicitur, patrem filiofamilias, dominum servo naturaliter obligari, si quid illi cum his gesserint, quo cum aliis gesto civiliter obligarentur, in eoque obligationem naturalem neque patri neque domino acquiri, tale est, ut nemo sit, qui non verum esse fateatur, et illis locis quos supra adduxi, non certo probari putet. Eamque in hac re difficultatem esse ab aliis omnibus intellectum est. Sed quod dicimus obligationem naturalem patri acquiri, sic intelligendum est, si alius filio debeat, quam pater. Sic enim fieri potest, ut patri acquiratur obligatio, et ipsa in persona patris consistat non minus, quam si filio deberetur. Quod si pater filio cœperit debere, obligatio patri non acquiretur: scilicet quia nec potest, ut consistat obligatio. Nam si patri quæritur, ipse sibi debebit. Nemo aut natura debitor et creditor esse potest: unde necesse est si res in eam caussam venerit, obligationem confusione caussarum tolli. *d. L. Granius*, 71. *D. de fidejus.* At hoc contra mentem et sententiam contrahentium est, ex ea caussa, quæ inter patrem et filium intercedit, et ex qua pater obligari velit, hunc filio non debere; cum ut deberet, inter ipsos ageretur.

Manebit igitur obligatio hoc casu vel ipsorum judicio et voluntate; ut cum obligari civiliter pater non possit, saltem consistat obligatio natura, secundum quam omnes homines, ut dixi, sunt æquales. *L. quod attinet*, *D. de regul. jur.* Nec quisquam contrarium putet, quod in *L. si quis pro eo*, 56. §. 1. *D. fidejus.* scriptum ita est; *si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fidejussorem acceptum teneri.* Cur enim hic fidejussor non teneatur, non ea caussa est, quod pater hoc casu non obligetur naturaliter, sed illa, quod si teneretur fidejussor, futurum sit, ut hæc obligatio acquiratur patri, ut sic fidejussor pro patre sit obligatus ipsi patri. Non potest autem quisquam pro eodem et eidem esse obligatus, ut additur in *d. L. si quis pro eo.*

Ergo ex his regulam juris de rebus patri per filium acquirendis sic interpretabimur, ut quod filius acquirit, id patri acquirat; si potest: si minus; vel quod obligatio isto modo nulla futura sit; vel quod id ipsum a patre actum sit, ne acquireretur; vel potius quia utrumque interveniat, perspicuum est, rem ad regulam juris non pertinere.

Jam illis rationibus moveri non debemus. Filio pater naturaliter obligari potest: ergo et fratrer fatri multo magis. Ex superioribus intellectum est non recte hæc comparari. Ideo enim cum pater filio debebit, patri obligatio non acquiretur, quia filio necesse est deberi, nisi velimus tolli obligationem, quod aperte repugnat patris voluntati. At fratrer fratri si obligari cœperit, potest utrumque concurrere, ut et per filium creditorem obligatio naturalis acquiratur patri secundum regulas juris, et nihilominus consistat obligatio, ut fuit propositum contrahentium: utpote quæ patri quæsita semper eadem futura sit. Atenim addunt: in obligatione naturali regulam juris civilis de rebus patri per filium acquirendis sequi non debemus. Atqui regula de omnibus rebus acquirendis concepta est, et obligatio omnis res est. *Inst. de reb. corp. et inc.* Denique quæ naturales acquisitiones sunt, satis supra ostendimus in hanc acquisitionem venire. Immo, inquiunt, obligationem naturalem non venire certo argumento est, quod cum filius patri, aut pater filio propter jus potestatis civiliter obligari non possit, uterque alteri naturaliter tamen potest obligari, ut est in hoc eodem responso in §. *quæsitum.* Nam quomodo obligari posset, si obligatio patri acquireretur, quæ quæsita nulla futura esset, utpote confusione sublata? Et jam respondi recte hoc dici, cum res inter patrem et filium geritur, quia aliter dici non possit, repugnante voluntate contrahentium. Cum autem alius filio debiturus est, quam pater, hujus quoque debiti emolumentum ad regulam juris pertinere, ut hoc etiam patri per filium acquiratur; quia regula nihil excipiat, et quæsita obligatio nihilominus eadem futura sit quæ prius. Constet igitur hoc jam, quod Africanus dicit, si frater a fratre, qui in ejusdem patris potestate est, pecuniam mutuam acceperit, sive quid cum eo gesserit, unde adversus eum obligatio nascitur, eum fratri nihil eo nomine debiturum ne naturaliter quidem. Caussam in eo esse, quod si qua obligatio fratri creditori quæsita sit, eadem quæsita sit patri, etiam naturalis. Hinc evenire, ut si ei mortuo patre per errorem

solutum sit, recte repetat is qui indebitum solvit, sed indebitum pro ea parte, pro qua heres exstitit.

Quid pro ea parte, ex qua frater cui solvitur heres exstitit? Pro ea parte ita repetet qui solvit, inquit Africanus, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset. His verbis vi ipsa duas sententias complexus est Africanus: sed in posteriore tantum confirmanda immoratur. Priorem hanc aperte innuit per contrarium; si de peculio fratris debitoris nihil ad fratrem creditorem pervenit; quod frater debitor mortuo patre solvit, repetiturum esse pro ea parte, qua frater alter heres extitit. Cujus sententiæ probationem prætermisit Africanus; quia ex jure certo intelligeretur, si quid is, qui pecuniam acrepit, patri debuisset, futurum esse, ut mortuo patre heredibus item patris deberet pro qua parte heredes exstitissent. Nam si hereditas recte definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit: *L. hereditas, D. de reg. jur. L. nihil aliud, D. de verbor. significat.* Necesse est intelligi, heredes esse universi hujus juris successores. Et sunt omnino. *L. heres in omne. D. de acq. her. L. cum heredes, D. de acq. her.* Quare si in bonis et jure patris obligatio fuit naturalis, qua ei quid deberetur: etiam pro qua quisque parte ei heres exstiterit, necesse est eatenus ad eum eam obligationem tranferri.

Altera sententia est, quæ verbis superioribus exprimitur: si de peculio fratris debitoris tantum pervenerit ad fratrem creditorem, quantum pro portione hereditaria illi naturaliter deberi cœpit; quod frater debitor solverit, hactenus illum esse repetiturum. Ratio ab Africano adjecta est, non quod frater debitor fratri nihil posset debere mortuo patre: sed quia, inquit, naturalis obligatio, quæ constitisset in persona patris, hoc ipso sublata videatur, quod peculii partem frater creditor sit consecutus. Peculium filii est, quidquid ille habet a patris rationibus separatum vel jure, ut peculium castrense et quasi castrense; item quod adventicium dicitur, id est quod aliunde quam a patre ubvenit: vel permissu patris, quale est, quod a patre filio datum est, ut filius pro suo haberet. Peculium denique patrimonium est filiifamilias, hocque nomine quidquid ille habet, appellatur. *L. ult. C. de inoffic. testam. §. actiones autem, Inst. de act.* Id ad fratrem morte patris pervenit, si et patris etiam fuit. Ac fuit olim quidem, quodcumque nec castrense nec quasi castrense esset: nunc autem ex constitutionibus solum quod a patre profectum est. *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* Castrense et quasi castrense etiam ante constitutiones recentiorum Imperatorum proprium habitum est filiorumfamilias. *L. 1. §. nec castrense, D. de collat.* Ita mortuo patre, ut cæteræ res omnes paternæ, sic peculium profectitium inter fratres eosdemque heredes communicatur. *L. certum, C. famil. ercis.* Ergo hoc dicit Africanus, si frater debitor hujus generis peculium habuit, quantum de eo ad fratrem creditorem pervenerit morte patris, eatenus sublatam esse obligationem naturalem, qua frater debitor tenebatur. Hinc fieri, ut pro ea parte solvens, quia non debitum solvit, habiturus sit soluti repetitionem. Sed prius hoc statui oportebat, quantum de peculio fratris debituris ad fratrem pervenisset, in tantum sublatam esse naturalem obligationem, qua fratri creditori tenebatur. De quo quia ambigi poterat, ideo Africanus in eo probando immoratur. Probat autem argumentis uno, atque altero, quorum summa huc redit, ut declaretur, quæcumque obligatio est, qua tenetur filiusfamilias, eam cohærere peculio ejus, ut ad quem pervenerit id peculium, etiam obligatio eum sequatur. Quod quomodo argumentis subjectis efficiatur, paulo post ostendam. Ante doceamus, eo, quod dixi, concesso, recte colligi id quod de sublata naturali obligatione in hac parte posuit Africanus. Sumamus igitur pro confesso, obligationem qua tenetur filiusfamilias, onus esse peculii ejus, ut ad quemcumque id peculium venerit, ad eum etiam obligationis onus pertineat. Nempe hoc sequitur in proposito, fratrem creditorem, qui peculii fraterni partem consecutus erit, simul etiam fraternæ obligationis onus ad eandem summam esse suscepturum. Quod si ita est, eveniet eodem tempore, ut fratri creditori ex sua persona debeatur, et ipse ex persona fratris debere incipiat, ut simul et creditor sit ejusdem rei nomine et debitor. Quod quia fieri non potest, jure fit, ut cum in eum locum res redierit, obligatio quæ prius fuerat, confusione tollatur, *d. L. Granius, 71. D. de fidejussor.* Priore ergo illa sententia posita, quam dixi, dubitari non potest, quin recte colligat Africanus, naturalem obligationem quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii debitoris partem frater sit consecutus. Ideo et hanc collectionem Africanus omisit, sat habens id ponere, unde nullo negotio ea intelligebatur. Ac ne id quidem, unde ea intellligebatur, aperte posuit; sed subjectis

argumentis intelligendum reliquit. Nunc ergo quibus argumentis id probet, videamus.

Sunt autem in illis verbis: *adeo ut si prælegatum filio, eidemque debitori id fuisset*, et quæ sequuntur. Ac primum est hujusmodi. Adeo verum est naturalem obligationem in proposito eatenus sublatam, quatenus peculium fratris ad fratrem creditorem pervenisset, ut etiam verum sit, quod sequitur. Finge enim peculium fratris debitoris totum eidem prælegatum esse, id est ita legatum, ut præ cæteris heredibus id solus caperet. Si id ex prælegato consequi volet, ante omnia deductio hujus debiti a fratre creditore ex eo peculio fiet. Id est, non aliter fratrer creditor cogetur partem hujus peculii restituere, quam si illi pro debito naturali satisfactum sit; quod ipsum videlicet de peculio, quod restituit, deducet. Quodnam vero hoc argumentum est, dicet aliquis, ut probetur debitum cohæsisse peculio, atque ita naturalem obligationem, quæ fuisset, perceptione peculii sublatam videri? Ductum est ex comparatione majorum hoc modo: Nam si frater debitor, qui peculium nondum habet, habere tamen vult a fratre, antequam id consequatur, cogitur de eo quod fratri naturaliter debet, ei satisfacere, quatenus ejus peculium accipit: quanto magis frater creditor, qui debitoris fratris peculium pro parte, jure successionis obtinet, debitum naturale fratris debitoris quod peculio ejus cohæret, agnoscere cogetur, ut sic ex eo peculio sibi satisfaciat? Facilius enim sibi satisfacere potest ex eo, quod habet, quam ex eo quod nondum habet, deductionem summæ sibi naturaliter debitæ adversus invitum fratrem instituere. Nam si rei legatæ dominium recta transit in legatarium, ut transit. *L. a Titio*, 64. *D. de furt.* Transibit etiam peculii prælegati dominium in fratrem debitorem, ut simul fratris creditoris esse desierit. Neque tamen eo minus de parte peculii quæ ad eum jure hereditario redire poterat, deducere potest, quod naturaliter sibi debetur: quia etsi jure nulla ex parte jam peculii dominus est: possessio tamen est ejus, camque legatarius ab herede nancisci debet. Quam si sua auctoritate occupet, reddere cogitur interdicto. Quod legatorum. *L. 1. D. quod legat.*

Sequitur alterum argumentum in illis verbis, idque maxime consequens esse. Argumentum ductum est ex sententia quadam Juliani, quam Africanus pro confessa, certe pro recepta sumit. Quæ quam vera sit, et quam ad rem propositam faciat sic facilius poterit intelligi, si præmiserimus, quod subjicio. Id autem tale est. Si quis cum filiofamilias contraxerit, ex eodem contractu duos obligatos habet: filium in solidum, ut quemvis patremfamilias, et patrem dumtaxat de peculio. *L. si quis cum*, 44. *D. de pec.* Quod si filius vivo patre ita tenetur, multo magis tenebitur patre mortuo, cum murte patris sui juris esse incipiat. Et si pater de peculio tenetur, dum vivit: eo mortuo tenebuntur heredes patris. Nam hi in jus et locum defuncti succedunt. *L. si quis servum*, 29. *L. quæsitum*, seq. §. 1. *eod.* His positis, efficitur illa Juliani sententia, de qua loquimur, quæ est hujusmodi: si filiusfamilias vivo patre extraneo debuerit, deinde mortuo patre creditori solvat, posse eum, quod solvit, repetere a coheredibus judicio familiæ erciscundæ quod ipsum legitur et in *L. his consequenter*, 18. §. *si filiusfamilias*, *D. fam. erc.* Efficitur autem ex superioribus hoc modo. Nam filius extraneo illi creditori dum solvit, negotium gerit, et gerit non voluntate sua, sed necessitate obligationis coactus. Quæ res duæ familiæ erciscundæ pariunt actionem. *L. heredes*, 25. §. *si unus*, et §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Negotium coheredum gerit, quia eos liberat. Liberat autem, quia de peculio tenebantur. Necessitate obligationis coactus totum solvit, quia etiamsi omnes heredes de peculio obligantur pro portione hereditaria: ipse tamen filius in solidum tenetur, quia tenetur ex suo contractu. Recte igitur Julianus in hac specie filio solventi, quod ipse contraxerat, familiæ erciscundæ judicium adversus coheredes dedit. Ex hac sententia sic Africanus ratiocinatur, si filius debitor solutum creditori extraneo, quod ipse vivo patre debebat, repetit a coheredibus judicio familiæ erciscundæ, quatenus de peculio ipsius filii ad eos pervenit: æquum est re adhuc integra, idest pecunia nondum ab eo soluta, judicio familiæ erciscundæ id eum consequi, ut ad quantitatem ejus peculii indemnis a coheredibus præstetor, idest ut coheredes caveant se illum indemnem præstaturos. In quo generale hoc pronuntiatum notandum est. Cujus rei solutæ judicio familiæ erciscundæ repetitio est a coheredibus, ea re non soluta cautio de indemnitate a coheredibus exigi potest, idest talis, ut caveant se indemnem præstaturos eum, qui eo nomine a creditoribus conveniri potest. Quæ sententia et aliis quoque locis plerisque significatur: ut *L. si filia*, 22. §. *Papinianus*, *d. L. heredes*, 25. §. *contra*, et seq. *D. fam. erc.* Jam ex hoc postremo effi-

cit, quod quærebatur. Nam si filius adversus creditorem extraneum indemnis a coheredibus præstandus est, multo magis si quid ipse coheredibus debebit, hunc adversus se coheredes indemnem præstare debebunt. Recte, multo magis. Facilius enim coheredes ipsi, quorum ea res est, sibi imperabunt, ne filio de eo controversiam moveant, quam illud assequi, ne extranei a filio petant. Præterea facilius sibi solvent, quam extraneis. Nam ut aliis solvas, de loculis sumere oportet: ut tibi solvas, nihil est necesse. Si quod difficilius est, adversus filium coheredes præstare debent, multo magis quod ex eodem genere erit facilius id præstabunt. Et hæc omnia non alia ex re, quam quod debitum naturale, cujus obligatione tenetur filiusfamilias, peculii ejus onus est, ut ad quemcumque peculium id perveniat, pro qua parte pervenit, eatenus etiam ejus obligationis pars hunc sequatur. Quod si verum est, jam illud, ut dixi, recte respondetur in proposito, pro qua parte frater creditor in id peculium successit, eatenus eum et creditorem et debitorem ejusdem debiti fraterni esse cœpisse: proinde et naturalem obligationem, quæ fuisset, ablatam videri confusione. Quam summam esse dixi sententiæ et disputationis Africani, et quam eandem initio sum complexus.

§. *Quæsitum, ejusdem L. frater.*

Ex superiore disputatione duo intellecta sunt; unum, inter patrem et filium nullam nisi naturalem obligationem intercedere, hanc tamen. Alterum, ex hac obligatione solutum repeti non posse, sive patri solutum sit, sive ei qui patri successerit. Eadem prorsus sententia; quanvis in diversa specie, ostenditur. Differt autem species a priore in eo, quod in illa res inter duos fratres contracta erat, in hac res geritur inter patrem et filium. Sed vis eadem utrinsque. Nam et illic obligatio per fratrem creditorem patri quæritur, ut jam patri deberi incipiat, non fratri, sicut in superiore specie fieri diximus. Sententia hujus loci hæc. Sive pater mutuam dedit filio suo quem in potestate habet, sive filius patri cujus in potestate est, et filius patri obligatur et pater filio, naturaliter dumtaxat, non enim obligatur civiliter, ut supra diximus. §. *hi qui, Inst. de obl. quæ ex delic.* Ita fit, ut filio postea emancipato sive is patri solvat, sive ei a patre solvatur, cesset repetitio, si quidem mansit obligatio naturalis. Hanc vero et post emancipationem mansisse probat hoc loco Africanus. Filium postea emancipatum fingit, quia sive filius qui in potestate est, patri solvat, nullam habet repetitionem, etiam si maxime alii repetitionem esse fingeremus. *L. filiusfamilias, 9. D. de obl. et act.* sive filio solverit pater, ipse pro potestate et imperio quidvis a filii posset auferre; quinimo id a patre, profectum jure et ad eum rediret.

De filio autem debitore, idest cui pater mutuum dedit, quique emancipatus solvit, prius Africanus loquitur. Ait hunc non repetiturum, nisi hac lege quam supra ostendit, si tantum apud patrem de peculio remanserit. Quod dictum de peculio quam verum sit, satis supra demostratum est. An cesset repetitio, quanvis nihil de peculio manserit apud patrem, quæstio in eo est, non an filius patri obligatus fuerit naturaliter, quod constat; sed an post emancipationem quoque ea obligatio manserit, quod, ut dixi, probare conatur Africanus. Sic autem probat, quod extraneo agente de peculio, intra annum deduceret pater, quod sibi filius debuisset. Hoc a veteribus traditum et inter omnes receptum pro confesso sumit Africanus. Et rectissime dictum est. Nam si post emancipationem quoque filiifamilias in patrem de peculio actio datur, uti edicto prætoris datur intra annum, *L. 1. D. quando act. de pec. ann. sit*, par est, ut quæ lex ex caussa peculii foret, si vere esset peculium, idest si adhuc illius esset in potestate, (Nam re vera solius filiifamilias peculium esse intelligitur, quo etiam sui juris facto peculii nomen amittitur. *L. ult. cir. fin. C. de inoff. test. L. 1. §. 1. D. quand. act. de pec.*) par est, inquam, ut quæ peculii ante conditio foret, eadem nunc quoque sit, cum de pecolio, quod olim fuit, agitur. Peculium autem hic profectitium intelligendum est, id scilicet, quod patri solidum acquiratur. Sicque definitur, quod filius permissu patris habet, deducto inde si quid patri debeatur. Nam et hæc in peculio servi definitio est. *L. 5. in fin. L. sed si damnum, 9. §. peculium, D. de pec.* Quare et hac quoque deductione patri servata adversus eum de peculio agetur. Debet autem filius qui in potestate est, patri naturaliter, si quid debet. Ex quo colligit Africanus etiam post emancipationem obligationem naturalem manere. Hac ratione, ut existimo, quod, nisi maneret, nulla fieret ejus obligationis nomine deductio.

Idem in contrarium valet, ut subjicit in vers. *contra*, filius patri mutuam pecuniam dedit. Pater emancipato si solvat ob eandem caussam non repetet: quia scilicet obligatio

naturalis manserit. Eodem, inquit, argumento, quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. Nam potest post emancipationem æstimari, quod pater filio debere olim cœperit, nisi et obligatio manserit. Æstimatur autem adversus patrem, cum adversus eum de peculio intra annum agitur. Quod creditoribus ad hoc proficit, ut quantum pater debuerit, tantum in peculio esse intelligatur, et catenus pater condemnatur; ideo autem id in peculio computatur, quia ut patris cujusque familias patrimonium est, sic est peculium; quod nihil aliud est, nisi patrimonium filiifamilias. §. *actiones autem, Inst. de act.* Porro in patrimonio et bonis cujusque non tantum res numerantur, quæ sunt dominii et juris nostri, sed etiam quod est in actionibus et persecutionibus: in summa quod nobis debetur. *L. bonorum, D. de ver. signif.* Isto modo et in peculio filii esse intelligitur non solum quod filius habet cæterarum rerum, sed etiam quod ei debetur et civiliter et naturaliter. *L. quam Tuberonis, 7. §. in peculio D. De pecul.*

CAP. XX.

De repetitione ob caussam futuram datorum, et eam non inhonestam. Quæ hujus repetitionis caussa: Quas hæc partes habeat: in his quid sit datum: Quid datum ob caussam: Et quam varie hæc datio exprimatur verbis a juris auctoribus: Tum de inscriptione tituli Dig. De condictione caussa data, quam recte ita concepta sit in omnibus exemplaribus; neque ita restitui debeat, ut sit De condictione caussa dati.

Quid simile habeat cum indebiti repetitione, datorum ob futuram caussam repetitio. Cur hæc non possit brevi definitione comprehendi. I.

Summa datorum ob futuram caussam divisio qualis: et quæ sint utriusque generis. II.

Dati ob caussam repetitio pendet a caussa secuta aut non secuta, eaque honesta. III.

Caussa sec ta dati repetitionem excludit: non ita contra voluntatem dantis secuta, rebus integris. IV.

Caussa non secuta repetitionem tribuit, si quatuor concurrant, et quæ. V.

1. *Ut quid datum sit* naturaliter, *aut* civiliter. *Posterius hoc quale.* VI.

2. *Ut datum ob caussam futuram. Quæ ista, plura illius exempla.* VII.

Caussa illa aut verbis exprimi debet, aut in dati verbo potestate juris intelligi. Posterius hoc in dotis *verbo diserte explicatur.* VIII.

Neutro modo declarata, etiamsi adsit repetitionem non habet. IX.

Quot appellationibus veteres dati caussam *nuncuparint.* X.

Recta tituli inscriptio: de condictione caussa data, caussa non secuta. *Illius emendatio vitiosa.* XI.

3. *Ut datum sit ob caussam honestam. De hoc alibi.* XII.

I. Atque hæc de obligatione et repetitione datorum ob caussam præteritam tum voluntariam, tum necessariam: quo in genere posteriore est solutio indebiti, unde et indebiti condictio, de qua proxime diximus. Est et sua dati repetitio in his quæ ob caussam futuram dantur non dissimili genere obligationis, ubi scilicet obligatio contrahitur (si modo contrahitur: de quo postea) contrahitur, inquam, ad reddendum id, quod datum est, similiter ut in indebito soluto ob eam tantum caussam, quod hic pariter caussa non subsit. Quod fit in hoc genere cum caussa ob quam datum est, non est secuta. In quo si semper constaret quid ob caussam datum sit, et eo comperto esset ex omnibus futuris caussis una et eadem repetitio; posset res brevi definitione esse contenta, ut diceremus, cum quid ob caussam futuram datum est, si quidem caussa secuta sit, cessare dati repetitionem: si non sit secuta, jus esse repetendi. Sed neque prius in facto certum est, neque posterior juris distinctio est perpetua. Quam ob caussam res eget pluribus verbis.

II. Ac de re tota ex hac partitione statuendum est. Non est incertum dari ob caussam futuram aliquid dici cum quid datur ea lege, eave de caussa, ut aliquid sequatur; sed hoc non semper certum, quandures ita detur, quia non semper in dando caussa exprimitur, et nihilominus, quod datur, ob caussam dari intelligitur. Sit igitur hæc datorum ob caussam futuram summa divisio, ut quædam aperte et principaliter dentur ob caussam: quædem principaliter ob aliud, quam ut quid sequatur, tacite tamen et per consequentiam ob caussam dari intelligantur, ut nihilominus in his caussa non secuta

sit repetitio. Prioris generis sunt ea, quæ dantur nominatim caussa adjecta, ut aliquid sequatur. Posterioris donationes etiam simplices et inter vivos. De quibus generibus cum non idem servetur in dati repetitione ejusque caussis, merito hæc genera distinguimus; de quibus et separatim dicemus.

III. Quod aperte ob caussam datur, ut scilicet in speciem donationis simplicis non cadat, ejus ita est, aut cessat repetitio, ut est caussa ob quam detur. In ea caussa dandi duplex: honesta, certe non inhonesta, veluti ut me alas, ut filium tuum emancipes: aut turpis, veluti ut furtum aut lenocinium facias. Quod ob caussam futuram non inhonestam datum est, de eo ita esse solet repetitio, prout caussa secuta est, aut non secuta; ut secuta deneget, non secuta tribuat repetitionem. Itaque et de eo dicam isto ordine.

IV. Caussa ergo secuta, sic jus est, ut dum secuta sit non contra voluntatem dantis rebus integris interpositam, cesset repetitio. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Merito: apparet enim quod datur, ut aliquid fiat, sequatur, dari hac mente, ut fiat accipientis, et maneat, si caussa secuta sit. Omnis porro conventio ut forte actionem non pariat, at certe parit exceptionem. *L. jurisgentium*, *§. sed cum nulla, D. de pact. L. in bonæ*, *Cod. eod.* proinde exceptionem possidenti ad retinendum id quod petitur adversus conventionem. Adjeci dum caussa non sit secuta contra voluntatem dantis. Nam si rebus integris pœniteat dantem, et is denuntiet ei qui accepit, ne caussam impleat, velle se sibi reddi quod dedit: frustra postea impleatur caussa, nec eo minus erit dati repetitio. *L.* 5. *§.* 1 *D. de cond. caus. dat.* Quibus tamen in caussis licet pœnitere, de quo postea. Hoc ideo, quia voluntas dantis, quæ faciebat implendæ caussæ, et retinendi dati potestatem, pœnitentia esse desiit.

V. Contra si quid ob eandem istam caussam datum est, placet (1) caussa non secuta competere repetitionem. Estque hæc definitio juris multis locis ita tradita, ut nibil addatur amplius *L. si militem. L. dictam*, *C. de cond. ob caus. L. damus*, 52. *L. in summa*, 65. *§. quod ob rem, D. de cond. ind.* Cujus regulæ tot fere sunt exempla, in quibus jus superius confirmetur, quot ordine rescripta sub *Titulo C. de cond. ob. caus. dat.* Itaque desiderat hæc repetitio quatuor, in quibus est caussa obligationis et repetitionis propositæ: ut quid (2) datum sit: ut datum ob caussam, ut aliquid sequatur; ut ob caussam non inhonestam; ut caussa non sit secuta.

VI. Primum ut quid datum sit. Unde repetitio et condictio datorum dicta. *d. L. si militem*, et in inscriptione ipsa *Tituli de cond. ob caus. datorum*, *C.* Sed et repetitionis et restitutionis verbum satis prius aliquid datum arguit. Hoc quoque ut in superioribus caussis moneri eo pertinet, ut intelligatur idem illud, quæ scilicet hic obligatio nascitur, re nasci non sola conventione. Datum accipiemus, non solum quod naturaliter datum est; sed etiam quod civiliter, idest quod non vere datum, jure tamen pro dato habetur. Quod accidit, cum creditor, cui debebantur, puta decem, ea debitori suo (3) accepto tulit, ut is aliquid faceret, puta ea lege, ut expromissorem daret. Hic si debitor non det expromissorem, placet ea decem ei condici posse. *L.* 4. *L. si mulier*, 10. *D. de cond. caus. dat.* Qua actione? non utique vetere, ut quæ per acceptilationem sublata sit, *§. item per. Inst. quib. mod. toll. obl.* Qua igitur? condictione videlicet ob caussam dati, caussa non secuta. Quam ob caussam etiam et superior sententia in *Titulum de cond. caus. dat.* relata est. Sed quomodo condictio ob caussam dati, ubi nihil datum proponitur? Nempe idest, quod ante dixi: naturaliter hic datum nihil est: jure decem pro datis habentur. Optima ratione, quod etsi res ordine naturæ gereretur, tamen decem ista non magis ad debitorem opera creditoris pervenirent, quam acceptilatione pervenerint. Ordo enim rei gerendæ hic futurus erat, ut debitor decem debita solveret creditori, creditor ea accepta traderet eidem debitori, ut rursum apud eum essent, ut ante. Atqui acceptilatione creditoris debitor idem consequitur, merito igitur et hoc eodem loco habendum est, quod Jabolenus scribit in *d. L. si mulier*. Quidni vero habeatur, ut vitetur circuitus superior inanis et supervacuus, atque ita quasi brevi manu, et ut loquitur Ulpianus, celeritate actionum conjungendarum

(1) Duar. *h. t. C.* 2. Duas esse hujus actionis caussas. 1.° Si quid datum ut fiat, neque id factum. 2.° Pœnitentia ejus qui dedit ut fiat, antequam factum. Et hic si quis expleverit ex parte sua, eo invito alter non potest resilire, sed cogitur, si is urgeat, facere: ipse autem qui implevit recedere potest.

(2) Dominio translato. Non si tradidit tantum, nec nummos accipientis fecit, ut *in specie L.* 3. *§. subtilius* 8. *h. t.* Duar. *h. t. C.* 3. *f.* 897.

(3) Duar. *d. C.* 3. remissio debiti similis est dationi, quia in effectu nihil refert, an tibi 10. dem an liberem obligatione ad 10. vid. *infra C.* 32. *N.* 4.

pecunia ad debitorem pervenisse existimetur? Ratio Ulpiani in specie non dissimili in *L.* **3.** **§.** *ult. D. de donat. int. vir. et uxor.*

VIII. Secundum est in caussa hujus repetitionis, ut quod datum est, datum sit ob caussam futuram. Caussa dandi futura est, dandi finis; cum quid scilicet datur hoc animo, ut aliquid sequatur. *d. L. damus,* **52.** *D. de cond. ind.* Et quodcumque est, quod sequi placet, ad hanc caussam pertinet, id est ut hac condictione repeti datum possit quasi caussa non secuta, nihil interest, utrum ita detur tibi, ut aliquid facias, veluti Stichum des, Stichum manumittas, caussam meam agas; an ut ego aliquid faciam, ut si dem tibi decem conditionis implendæ caussa, ut ad legatum hac condictione relictum perveniam. *L.* **1.** *D. de cond. cau. dat.* Vel ut eadem faciat Lucius Titius; vel ut aliquid obtingat, veluti si dem sponso dotem, ut nuptiæ sequantur. *L.* **1.** *C. de cond. ob caus.* Quæ definitio indicatur in *L. senatus,* **§. 1.** in fin. *D. de mort. caus. donat.*

VIII Ob caussam hujusmodi datum extra donationem intelligitur, quod ea caussa nominatim adjecta datum est. Nominatim sic accipiemus, non tantum si caussa verbis palam expressa sit; sed etiam si verbo (4) dati potestate juris includatur. De expressa caussa nemo dubitat. Ut puta nemo dubitat in his dari rem ob caussam, eoque et ad definitionem juris superiorem pertinere, si dederim fundum nominatim, ut creditoribus meis satisfaceres: dederim fundum, ne alienares; dederim pecuniam, ut procurator meus esses; dederim, ut Stichum manumitteres, quæ sunt exempla *L.* **2. 3. 5. 6. 9.** *C. cond. ob caus.* Sed et tunc pecunia ob caussam data intelligitur, cum sponso dos data est, nec quidquam additum est præterea. Dotis enim verbo potestate juris intelligitur subesse hæc caussa dandi, si nuptiæ sequantur, vel ut nuptiæ sequantur, pro ea distinctione, quæ est in *L. dotis,* **7. §.** *ult. D. de jur. dot.* de quo satis diximus supra in definitione dotis, hujus *Libri Cap.* **4.** Hinc nuptiis non secutis, repetitio et condictio dotis ita datæ, ut statim res fierent sponsi, quanvis nominatim adjectum non sit dari, ut nuptiæ sequantur, seu futuri matrimonii caussa, aut quidquam additum de reddenda dote in hunc casum. *L.* **1.** *C. de cond. ob cau. d. L. dotis,* **§.** *ult. de jur. dot.* Idque usque adeo verum est, ut si extraneus ante nuptias pro muliere dotem dederit, et pactus sit tantum dotem sibi reddi nominatim soluto matrimonio; tamen placeat etiam non secutis nuptiis eum repetitionem habere, non mulierem. *L. si extraneus, D. de cond. cau. dat.* Atqui videbatur illi adversari sua conventio. Nam qui pactus est sibi reddi soluto matrimonio, intelligitur pactus esse reddi matrimonio contracto, deinde soluto. Non enim solvitur nisi prius contractum. Quibus verbis non continetur ille casus, quo nuptiæ non sequentur. Porro in dote maxime hoc jus valet, ut si in dote pro muliere danda pater vel extraneus in unum casum pepigerit dotem sibi reddi, in eum casum, in quem non pepigit, non sit ei actio, sed mulieri. *L. si cum dotem,* 22. in pr. *D. sol. mat.* Sed nihil hic in proposito repetenti dotem extraneo adversatur. Nam is dotem dando, et illud quod diximus, tantum paciscendo, nihilominus in utrumque casum sibi cavisse intelligitur, et quo contractæ erunt ac postea solutæ nuptiæ, et quo non erunt secutæ. Prius illud cavit aperta conventione: hoc posterius ideo, quia dedit ob caussam, ut nuptiæ sequantur. *Nam quasi caussa non secuta*, inquit Ulpianus, *habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato.* d. L. si extraneus. At enim nulla ejusmodi caussa adjecta est. Immo adjecta hoc ipso, quod extraneus dotem dedit. Quo verbo dixi potestate juris inesse hanc conditionem, si nuptiæ sequantur.

IX. Sed ut nihil refert, utrum caussa nominatim verbis expressa sit, an potestate juris verbo dati tacite inclusa, ita alterutrum necesse est, ut intelligatur ob caussam principaliter datum, atque hinc repetitioni locus fiat. Quod si caussa principalis nulla significata erit, cessabit ex ea caussa repetitio, quantumvis qui dedit, caussam aliquam sibi proposuerit, ob quam daret, et quam speraret eo facto secuturam esse, alioqui non daturus. Ut puta, cum egissem tecum, ut aliquo proficiscereris meo nomine, primo gravatus es. Post ut te liberalitate provocarem ad eundum, dissimulans propositum dedi tibi decem simpliciter, nulla nominatim conditione addita, ut proficiscereris quo volebam: sed tamen hoc ipsum apud

(4) Sive caussa verbis expressa, sive id actum esse ex conjecturis colligatur, ut *d. L.* 6. ait Duar. *h. t. C.* 3. vid. de hac condictione Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 20. *et seqq.*

me agens, ut proficiscereris. Placet quanvis non proficiscare, et nullam habuerim caussam dandi, nisi ut ad id te invitarem; tamen mihi repetitionem dali non esse quasi caussa quam spectavi non secuta. *L. si repetendi, C. de cond. ob. caus.* Recte: prius est enim, ut ob caussam quid datum sit, quam ut repetatur tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. Hic autem ob caussam datum non est, quod datum est caussa verbis non adjecta.

X. Quod cum tantopere intersit ad hanc repetitionem intelligi, ubi quid datum sit ob caussam, postulat hic locus, ut observemus, quibus verbis veteres ad hanc caussam significandam, et quam varie utantur. Non quia verba quidquam mutent in re: sed ut ex verbis, quæ in hac specie legentibus occurrent, liceat rem agnoscere, de qua quærimus. Dicitur igitur in usu juris, quod ista caussa adjecta datum est, datum ob caussam. Unde repetitio, et condictio ob caussam dati, caussa non secuta. *d. L. si militem.* Et in inscriptione ipsa *C. de cond. ob. cau. dat.* Idem usitatius dixerunt veteres datum ob rem; et genera ex caussis dandi ita distinguunt, ut quædam dicant dari ob caussam, quædam ob rem: caussæ verbo intelligentes caussam præteritam; rei autem appellatione caussam futuram. Ut initio hujus argumenti monuimus. *L. damus*, 52. *L. in summa*, 65. *§. quod ob rem, D. de cond. ind. L.* 1. *D. cond. ob turp. caus.* Unde hujus posterioris generis obligatio et tractatio dicta obligatio ob rem dati, et tractatus ob rem dati. *L. ult. D. de cond. caus. dat. L. naturalis*, in pr. *D. de præscr. verb.* Quæ initio diximus ita distingui, non significatione verborum, quæ sane idem valent: sed commoditatis et doctrinæ caussa, quia scilicet species singulæ suis et discretis nominibus appellatæ facilius agnoscerentur. *arg. in §. alio, Inst. quib. mod. test. inf.* Hanc eandem caussam veteres legem dicunt, et quod ob caussam datur, dari ea lege, ut quid sequatur: et qui hanc caussam adjicit, traditioni legem dicere. *L.* 3. *L. dictam, C. de cond. ob caus. L. legem, C. de pact. L. ea quidem.* Et toto Titulo *C. si manc. ita fuer. alien.* Ratio nominis a me exposita ad *d. L. legem, C. de pact.* Eadem caussa interdum vocatur conditio, ut cum dicitur addita conditio repetendi, pro addita caussa, ob quam repetatur. *L. si repetendi, C. de cond. ob caus.* Et conditio servata, pro caussa impleta. *L.* 3. *C. eod.* Quod non ita dicitur ex initio, sed ab effectu. Nam initio quidem caussa et conditio non modo non sunt eadem, sed etiam contrariam plane vim et significationem habent. Quod sub conditione datur, non prius transfertur, quam conditio exstiterit. *L. qui absenti*, 38. *§.* 1. *D. de acq. pos.* Et generaliter hæc vis est conditionis, ut quod sub conditione placuit, non ante cedat, quam conditio exstiterit, re in futurum eventum dilata. *L. cedere, D. de verb. signif. §. sub conditione, Inst. de verb. obl.* Quod autem datur ob caussam, statim transfertur. Argumento est condictio, quæ eo nomine competit. *L. senatus, §.* 1. *de mort. caus. don.* Non est condictio nisi ei qui dominus esse desiit; quoniam rem suam condicere nemo potest, præterquam a fure et malæ fidei possessore. *L. ult. D. usufructuar. quem. cav. §. sic itaque, Inst. de act.* Sed caussa dicitur conditio ab effectu, quia adjecta eo rem deducit, ut nisi secuta sit, datum revocetur, quo subsecuto res perinde haberi incipit, quod datum est, quasi nec datum esset; ut accideret, si ejus quod sub conditione datum erat, conditio defecisset. Id enim demum dicitur pervenisse ad nos, quod est mansurum, et idem solum dicimur cepisse. *L. aliud est capere, D. de verb. signif.* Atque his appellationibus usus est in re ob caussam inter vivos data. In testamentis autem usus obtinuit, ut hæc caussa diceretur modus, et quæ relicta sunt ob caussam ut quid fiat, relinqui sub modo. *L. demonstratio*, 17. *§. ult. D. de cond. et dem.* Nun dubium quin discretionis caussa, non quod aliud sit dare ob caussam, quam sub modo; aut sub modo aliud, quam ob caussam, ut declarat Titulus *Cod. de donat. quæ sub modo.* Dicitur enim modus, quia quod ob hanc caussam datur, sic datur, ut qui accipit, rem habeat non simpliciter, sed ad certum modum, id est hactenus, ut pro eo hoc aut illud faciat, puta monumentum ædificet, filium emancipet. *d. L. demonstratio, §. ult.* In his etiam de usu veterum observandum et illud, cum quid datur ob caussam, non tantum dicere veteres caussam adjici, aut legem dici dationi, sed etiam legem dationi dari eodem sensu, ut hæc pro eodem usurpantur in *L. ea quidem, C. si mancip. ita fuer. alien.* Quo exemplo admonemur eadem analogia recte dici caussam dationi dari, pro caussam adjici, cum quid ob caussam datur.

XI. Unde etiam intelligimus rectam esse inscriptionem hujus Tituli in *Pandectis*, quæ in omnibus exemplaribus ita concepta est. *De conditione caussa data, caussa non secuta*, ut sit sententia, de condictione caussa adjecta, caussa non secuta. Scio quosdam doctos viros reformidantes novitatem hujus

locutionis emendandum putasse, et ita legendum, (5) de condictione caussa dati pro ob caussam, ad exemplum inscriptionis Codicis, quæ est *de condictione ob caussam datorum*. Sed quominus ita mutandum putem, movet me non tantum fides receptæ lectionis, sed etiam vitium manifestum mutatæ scripturæ. Primum omnia exemplaria et vetera et nova, et in primis Florentina consentiunt in hanc lectionem, *De condictione caussa data*. Atqui et hanc per se rectam esse ostendimus. Quod cum ita sit, non necesse est, atque adeo non convenit eam, quæ fuit scriptoris, mutare, etiam si liceret meliorem reponere. Non enim, si quid usitatius est, aut etiam melius, ideo hoc vitiosum, quod non æque usitatum, aut minus bene. Alioqui cum legimus aliquid ob caussam datum, reponere oporteret ub rem datum, quia hoc veteres frequentius et pene semper usi sunt. At dicimus amplius, etiam si hic aliquid mendosum esset, tamen non sic emendari debuisse, ut reponeremus de condictione caussa dati, quod est non dico vitiosius, sed per se ita vitiosum, ut in eum sensum, in quem restituitur, latinus sermo repudiet. Ut enim recte dicimus aliquid datum ob rem, id est ut res aliqua sequatur, et tamen non recte dicimus datum re, pro ob rem, sic recte dicimus aliquid datum ob caussam, ut in inscriptione Codicis; at non item recte, datum caussa pro ob caussam. Et vero res faciat, ut priora recte dicantur, et intelligantur de eo, de quo nunc agitur: posterius autem neutrum dici possit de eadem re nisi vitiose. Nam cum dicimus aliquid datum ob rem, præpositio, ob, ostendit significari hic a nobis finem, propter quem quid detur, ac proinde caussam futuram, id est ut aliquid sequatur. Cum autem dicimus aliquid datum re, ambigue loquimur, aut potius aliud omne dicimus, quam quod huic loco conveniat. Incertum est enim, utrum dicamus aliquid datum ob rem, an vero aliquid datum re, id est re ipsa et vere. Immo vero hoc posterius solum dicere intelligimur ex usu latinorum. Quod quidem ad hanc repetitionem nihil pertinet. Similiter cum dicimus aliquid datum ob caussam, ex eadem præpositione agnoscimus caussam futuram, ut ea sequatur, de quo nunc agimus. At cum dicimus aliquid datum caussa, nec adjicimus qua, nihil dicimus. Non enim tantum potest intelligi datum ob caussam, sed multo magis datum caussa mea, tua, alterius, id est meo nomine, tuo nomine, illius nomine. In quibus omnibus dari potest ob caussam præteritam, et dari istorum gratia, quia debitum fuit. Neque vero in his ulla esse potest hujus, de quo agimus, repetitio. Ita plane etiam si vitiosa esset illa inscriptio Pandectarum, tamen reponere de condictione caussa dati non liceret. Vetus igitur inscriptio nobis retinenda est, non solum ob fidem et auctoritatem omnium codicum, quodque per se recta est, sed etiam quia necesse est, vitio manifesto sermonis illam alteram lectionem repudiante. Sed hæc de illa inscriptione obiter, quia locus notandi occurrebat. Cæterum superiora meminerimus huc spectare, ut cum non sit locus huic repetitioni, de qua agimus, nisi quid datum sit aperte ob caussam caussa verbis adjecta, animadvertere possimus, ubi sit hæc caussa, et ubi ex hac caussa repetitio in iis appellationibus, quibus in hac re veteres usi sunt, ne loci cum incidissent, præterirentur a nobis tanquam hospites ignoti.

XII. Tertium exigit hæc repetitio, ut datum sit ob caussam non inhonestam. Nam quod ob turpem caussam datum est, etiam caussa non secuta sæpe repeti non potest. De quo genere postea suo ordine.

(5) Ut emendant Duar. *ad h. tit. D. C.* 1. et Hot. *in Epitom. K. t.* Male autem Burgus Rutant. *de Commissar. P.* 3, *Lib.* 5. *C.* 14. *n.* 5. *et* 9. condictionem caussa data, et condictionem ob caussam ceu diversas species sejungit.

CAP. XXI.

Quam generaliter verum sit, datum ob caussam caussa non secuta repeti posse, quicumque casus obstiterit, quo minus posset antea et in posterum impleri: Et de sententia: *L. pen. C. de cond. ob caus. dat.*

Quartum ad repetitionem dati necessarium in eo esse, ut caussa ob quam datum, non sit secuta. I.
Caussa non secuta ea quæ aut nunquam sequatur, aut sequi potest, licet nondum secuta. II.
In priore rursus aut adest culpa accipientis, aut casus. Quæ hic culpa, et qui casus. III.
Si culpa: caussa etiam non secuta est dati repetitio. IV.
Si casus; quocumque modo caussa non secuta, idem juris. V.
Ratio. VI. VII.
Contrariis occurritur. VIII. IX.
Interpretatio ex vulgata lectione duplex L. penult. eod. de condict. ob caus. dat.
Quæ altera verior et præferenda. X. XI.
Bartoli distinctio improbatur. XII.

I. Quartum est ad repetitionem dati, ut caussa ob quam datum est, non sit secuta. Et si quidem uno modo, aut pluribus quidem, sed pari ratione fieret, ut caussa non sequeretur: res jam esset confecta. Diceremus enim ex regula proposita, quod ob caussam non inhonestam ita datum est, ut dixi, caussa non secuta sine exceptione repeti posse. Sed neque uno modo, neque similiter accidit, ut caussa non sequatur. Existit ergo hoc loco quæstio, an quocumque modo non sequatur caussa ob quam datum est, competat dati repetitio. Et si nihil aliud quærimus quam quo modo caussa non sit secuta, breviter dicendum est competere: in quæ verba et regula superior concepta est. Id ita liquido probabitur, si propositis iis modis, quibus fit, ut caussa non sequatur, animadverterimus in his omnibus repetitioni locum esse.

II. Et caussa non secuta dicitur dupliciter: Vel quæ ita secuta non est, ut nec sequi possit, sive quod ab initio fuit impossibilis, sive quod ab initio possibilis, postea impleri posse desiit, vel quæ etiam nunc impleri aut sequi potest, nondum tamen est secuta.

III. Eamus per utrumque genus. Utrumque repetitionem dabit per omnia. Ac de ea caussa quæ nec sequi potest, videamus. Et quominus caussa aliquo impleri et sequi jam possit, duobus modis accidit; aut accipientis culpa, aut casu: quæ distinctio traditur in *L. pen. C. de cond. ob. caus.* Culpa accipientis; cum potuit implere, nec fecit, atque ita facultas implendi amissa est; veluti, si Stichum manumittere aut dare ex conditione debuit, et cum potuisset alterutrum facere, Stichus decessit. Casu; cum quominus caussam possit implere, natura aut alienum factum obstitit, cui provisione sua occurrere, aut obsistere non potuit. Sic enim fere casus fortuiti descriptio est *L. quæ fortuitis, C. de pignor. act. L. ad eos, D. commod.*

IV. Et si quidem culpa accipientis caussa secuta non sit, nulla dubitatio est, quin possit datum repeti. Ubi scilicet de se queri debeat reus, qui cum posset et deberet legi dictæ parere, non paruit. *L. dictam*, in fin. *L. p. n. L. ult. C. de cond. ob cau. L.* 3. in pr. vers. *Proculus*, *L.* 5. §. *ult.* illic, *sed ubi accepit*, *D. eod.*

V. At quid si secuta non sit casu? an tum etiam datum repeti possit, magna quæstio est: quid enim potest imputari ei, qui implere etiam si vellet, non potuit? ut est in *L. cum quidam*, 17. §. *si pupillo*, *D. de usur.* Quinetiam et datum hoc casu repeti non posse, cum aliis in locis scriptum videtur, tum vero scriptum est diserte in *d. L. pen. C. de cond. ob caus.* Rursum in contrariam sententiam loci sunt non modo complures, sed etiam innumeri scripti non minus diserte. Quid ergo est? Nos vero sine metu prioris objectionis audenter diremus conspirantibus omnibus aliis locis, et sententiis veterum, quæ de hac re exstant, etiam casu caussa non secuta ob caussam datum repeti posse. Sed an quocumque casu secuta non sit? Nam Accursius et Bartolus ad *d. L. pen. C. de cond. ob caus.* et ad *L.* 3. *D. eod.* hunc locum tractantes coguntur, velint nolint, in plerisque casibus hanc repetitionem agnoscere: sed dum eos locos explicare et tueri volunt, in aliis casibus negant. Nos dicimus, quovis casu caussa secuta non sit, repetitioni locum fore, sive

caussa in eventum collata sit. sive in (1) potestatem accipientis; et non tantum si casus in persona aut re accipientis contigerit, sed etsi in alterius cujusvis persona, atque adeo ipsius dantis.

VI. Sit ergo caussa non in potestatem accipientis collata, sed in rasum. Omnes concedunt caussa casu non secuta esse repetitionem ei qui dedit. Id enim agebatur. Ut puta, dedit quis sponso dotem pro muliere, ob caussam videlicet, ut nuptiæ sequerentur; quam caussam constat non esse positam in potestate solius sponsi, sed in eo quoque ut velit sponsa, et ut possit illi nubere. Ut hac parte pendeat a casu, potest enim mulier nuntium remittere. Potest et ea conditio esse personarum, ut quanvis velint, tamen matrimonio jungi nun possint. Faciamus ergo alterutrum evenisse, atque ita sponsum casu prohibitum, ne perveniret ad nuptias. Certi juris est, nihilominus eum qui dedit, repetere datum posse, tanquam datum ob rem re non secuta. *L. si extraneus, D. de cond. cau. dat.* *L.* 1. *C. eod.* Ejusdem rei exemplum est in milite, cui pecuniam dedi, ut ad caussam aliquam mihi procuratur esset. Nam nec in ejus potestate est eam caussam implere; sed pendet etiam ex eo, si adversarius, eum quo agere volet, patietur, et tempore litis contestatæ omittat exceptionem procuratoriam. Alioqui miles procurator esse prohibetur, *L. filiusfamilias*, 8. §. *veterani*, *D. de proc.* Et tamen non minus hoc casu placet procuratione ab eo non suscepta datum repeti posse: tametsi eum instituisset agere, ab adversario sit summotus, idest casu prohibitus caussam implere. *L. si miles, C. de cond. ob caus.*

VII. Sed etsi caussa collata sit in potestatem et factum accipientis solius, non eo minus dati repetitio est, quanvis caussa casu non secuta. Exempla hæc sunt, in quibus hæc sententia dilucide confirmatur. Dedi nautæ pecuniam, ut me aut merces veheret. Nave casu amissa non valuit. Placet licere mihi vecturam repetere hoc ipso, quod munere vehendi functus non sit, quanvis appareat certo casu id contigisse. *L. ex conducto*, 15. §. (2) *item cum quidam*, *D. loc.* Item dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Scriptum est in *L. ult. D. de cond. cau. dat.* si mortuus est Stichus, posse me repetere, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Sed dici potest facilius hæc admitti posse in superioribus exemplis, quia etsi in his caussa casu secuta non sit, tamen casus contigerit aut in persona accipientis, ut superior casus in milite; aut in re ejus, ut qui casus contigit nave nautæ amissa, aut Sticho servo tuo mortuo. Æquum esse nimirum, ut qui casus in persona aut re accipientis contigit, is domino noceat potius, quam alii. Quando secundum naturam est, ut cujus est commodum, sit etiam et incommodum. Et contra, *L. secundum, D. de reg. jur.* Unde dictum, quod placuit rem suam domino perire. *L. pignus, C. de pignor. act.* Sed ne quem forte hoc moveat, adjicimus amplius, etsi casus contigerit in persona etiam ipsius dantis, atque adeo quanvis is fecerit, ne caussa sequeretur, qui præcipue casus illi nocere debebat; nihilominus et hoc casu caussa non secuta competere dati repetitionem. Et vero id significatur aperte in *L.* 1. in fin. *D. de cond. cau. dat.* in specie hujusmodi. Legatus est mihi fundus sub conditione, si decem Titio darem. Ego conditionis implendæ caussa Titio decem dedi: nempe ob caussam, ut conditione impleta liceret mihi legatum agnoscere, et acquirere. Deinde re deliberata legatum repudio. et ita aperte facto meo accidit, ne caussa sequeretur, ob quam de-

(1) Diss. Duar. *h. t. C.* 3. *circ. fin.* sentiens, quoties non per eum qui accepit stat quo minus det vel faciat, non condici *L. pen. C. h. t.* ut mortuo servo *L.* 3. §. 3. *h.* si scilicet caussa implenda sit ab eo qui accepit. Secus si pendeat ex facto et implemento alterius, ut in exemplis *L.* 1. *et* 2. *h. t.* Idem tamen probe secum convenire videtur. *C.* 4. *circ. fin.* A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. distinguit inter defectum caussæ finalis, quæ etsi a casu fortuito repetitioni locum dat et impulsivæ, quæ non nisi per eum stet a quo implendum. Sic accipit. *L. pen. C. h. t.* Male per ea quæ *supra C.* 10. *N.* 3. Mihi verissimum videtur casu fortuito liberationem sequi, quoties ab eo ipso caussa implenda, quæ ita impeditur, ac periculum ante moram creditoris esse, quæ communis sententia Jo. Saporta. *Tr. Moræ. C.* 3. *n.* 97. (qui tamen *n.* 99. distinguit an contractus perfectam caussam contineat vel non). Arumæ. *de Mora C.* 8. 4. Quo moveor tum generali regula, rem sine culpa debitoris peremptam solvere obligatione, tum claris et perspicuis LL. *d. L.* 5. §. 1. *de præs. verbis d. L.* 3. §. 3. *D. d. L. pen. C. h. t.* Nec resistunt objecta nostri, *ut in NN. seqq. suo ordine.*

(2) At *d.* §. 6. loquitur de locatione, et ibi vectura pro merce non prærogata simpliciter; nec data pecunia ob caussam ut verteretur: sed *pro mutuo*, ut habent Florentin. Pandectæ, accepta, quia videlicet quæ non nisi finita et præstita vectatione exsolvenda, ante eam nautæ mutuo data.

cem data erant. Qui sane accipienti casus est, cui resistere non potuit. Nec minus apparet eum casum in persona ipsa dantis contingere, non accipientis. Non eo minus tamen illic scriptum est posse me condicere. Sed cur longius repetimus hoc exemplum fortasse alienius, ut in quo etsi casus contingit in persona dantis, non confertur tamen caussa in accipientis factum: cum in his etiam quæ in potestatem accipientis conferuntur, certi juris sit, ex pœnitentia dantis repetitionem dati esse? nam ut dicetur paulo post pluribus, si dedi tibi pecuniam ut Stichum manumittas, ut Capuam eas, licet mihi pœnitere. Et si denuntio tibi, ne manumittas, ne eas, efficio (3) ne amplius utiliter caussam implere possis. Atque hinc etiam repetitio *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. et §. 1. *D. de cond. cau. dat.* ubi tamen nemo non videt pœnitentiam meam casum esse, qui tibi obstet, et hunc casum in persona mea dantis contingere, non tua accipientis. Quare si caussa casu non secuta, ita jus est, ut sive caussa in eventum collata sit, sive in factum accipientis; et sive casus contigerit in persona aut re accipientis, sive in persona dantis, pariter in omnibus competat dati repetitio, quod certis et manifestis locis probavimus; neque pluribus modis accidere potest, ut caussa casu non sequatur: conficitur quod dixi, caussa non secuta omnimodo repetitioni locum esse, nec interesse, culpane accipientis caussa secuta non sit, an casu. Et in casu nihil referre, qualis hic sit casus, aut ubi contigerit.

VIII. Huic sententiæ animadverto tres locos opponi. De quibus sigillatim respondebo. Primus est in *L. naturalis*, 5. in pr. illic, *sed si scyphos. D. de præscript. verb.* Verba sunt hæc: *si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu dumtaxat culpam præstare debes.* Id autem est, si Stichus quem mihi ex conventione et ob caussam dare debebas, casu perierit, mihi periit. Id est, ut eo interitu ita liberaris, ut nihil possim amplius eo nomine a te petere. Idque consequens est ei regulæ, qua efficitur interitu rei debitæ, qui sine culpa debitoris contigerit, debitorem liberari, atque ita periculum et detrimentum in eo esse creditoris. *L. quod te*, 5. *D. si cert. pet. L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Sed nihil hic contrarii. Non enim si pereunte Sticho obligatione ejus liberaris, ideo scyphos a te repetere non possum tanquam ob caussam datos, caussa non secuta. Duarum enim rerum distinctæ hic obligationes sunt, quarum una ad alteram nihil pertinet. Debes mihi Stichum præstare ex conventione aperta, si velim eum petere, et in eam rem prodita actio præscriptis verbis. Sed et debes reddere, quod dedi, si nondum caussa ob quam datum est, secuta sit, et malim id repetere: et in eam rem condictio ob rem dati caussa non secuta. In qua sententia versatur tota *L. naturalis*, *D. de præscr. verb.* Porro cum duarum rerum diversæ actiones sunt, etiam si idem debitor sit, nunquam tamen unius rei liberatione alterius obligatio aut actio consumitur. *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* Sed si in proposito dicet aliquis, amisso Sticho licet mihi adhuc scyphos repetere, quomodo dici potest Stichus periculo meo esse? neque enim videtur isto modo ullum periculum et incommodum esse meum, sed totum tuum debitoris. Nam tu rem tuam amittis, et præterea quod accepisti, cogeris reddere: ego autem re restituta semper rem meam salvam habeo. Sed non eo minus periculum et incommodum in Sticho (4) meum est. Finge enim multo pluris

(3) Recte, sed re integra, cum adhuc caussa ab alio, implenda, nisi pœniteret alter, sequi posset: Absurdum enim ut longior sit facultas pœnitendi, quam implendi, ait A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. Recte. Sed eo se ipsum ferit. Æque enim absurdum etsi caussa sit finalis.

(4) Ita et Charond. *ad L.* 23. *de V. O.* respiciendum esse ad titulos sub quibus leges collocantur. Periculo dantis Stichus ad id ne detur præscriptis verbis actio, non autem ne sit condictio, et Duar. *ad d. L.* 23. *et h. t. C.* 4. *circ. fin.* Don. noster *de præsc. verb. C.* 37. Pac. 5. *Q.* 23. sed hoc refellit Cabot. 2. *Disp.* 29. quia hic etsi duplex actio, una tamen obligatio, unusque contractus, ex quo altera actio ad implendum contractum, altera ad dissolvendum. Eodem, quo noster, tendit Cujac. 8. *ad Afric.* in *L.* 50. *de I. dot.* et 23. *Obs* 29. sed aliis ac falsis mediis, perire rem, non perire pecuniam, cujus repetitio quod detur *d. L. ult.* fieri exemplo emptionis *L.* 33. *Locati* quam permutatio imitatur. Sed fundamento subverso superstructum corruit. Ant. Fab. 6. *Conject.* 10. incommode se expedit. Periculum rei datæ esse accipientis *d. L. ult.* ne factum ejus qui dedit ad inducendam obligationem eidem noceat et periculum damni in re nondum data adferat. At *d. L.* 5. §. 1. intelligit, si res date facile amitti possit, si utriusque tam datæ quam dandæ æquale sit periculum ut ibi scyphorum, aliud si pecunia data quæ perire nequit, ut genus, aut res soli, non ita facile peritura. Atqui prioris rationis si quæ firmitas, ea indistincte obtinere debet, quin eidem locus in omni contractu, mutuæ præstationis, sicque nunquam interitus liberabit debito-

valuisse Stichum, quam scyphos. Si de Sticho, qui periculo meo est, non amplius licet, quam in id quod mea interest, agere, manifestum est eu interitu id mihi perire, quanto minus repetitione scyphorum consequi possum. Et hactenus meum est periculum atque incommodum in Sticho, etiam si maxime nihilominus scyphos repetam. Itaque nihil hic locus ne verbis quidem obstat repetitioni dati, quam in eadem specie supra admisimus ex *L. ult. D. de cond. cau. dat.*

IX. Alter locus, ut verba sunt, certo superiori sententiæ adversatur. *L.* 3. in pr. vers. *Proculus, D. de cond. caus. dat.* Sic enim illic scriptum est de sententia Proculi; *si tibi dederim, ut Stichum intra Calendas illas manumittas, si quidem Stichus post id tempus decesserit; quo manumitti potuit, repetitionem esse. Si minus, cessare.* Nempe hoc est, si post Calendas Stichus decesserit, ideo datum repetere possum, quia culpa tua manumissus non sit. Sua enim die non manumittens, ut debebas, moram fecisti. *L. magnam, C. de contr. stip.* Quod si ante decesserit, ideo contra cessat repetitio, quia ita Stichus periit casu, ut nulla tua culpa præcesserit, cur non manumitteres. Qui enim debet in diem, ut ante diem ab eo peti non potest; ita si ante quod debuit, non præstet, etiam interpellatus implendæ conditioni moram non facit. *L. cum filiusfamilias*, 49. *§. ult. D. de verb. obl. L. nulla, D. de reg. jur.* Ita in summa hoc responso Proculi aperte dicitur: si caussa non culpa accipientis, sed casu secuta non sit; datum ob caussam repeti non posse: saltem tunc, cum caussa in factum accipientis collata est. Et est ita omnino: at id aperte adversetur ei sententiæ, quam posuimus, si sine distinctione recipitur. Sed observandum est Proculi sententiam esse, quæ illic refertur ab Ulpiano: hanc autem Ulpianum non (5) probare per omnia. Ipse enim Ulpianus diserte eam temperat in *L.* 5. *§.* 1. illic, *sed ubi accepit. eod. tit.* Ut scilicet cum sine mora accipientis Stichus decessit, qui manumitti debuerat, cesset repetitio, si is qui manumittere debebat, distracturus Stichum fuerit, quem ideo non

rem, contractu prius ab alio impleto. Nec credibile est *d. L.* 5. *§.* 1. exemplum tradi contractos, de quo ibi ex professo tractatur, naturam non patefaciens. Cabot. *d. loc.* Quis vero dicet par esse scyphorum perdendorum, qui utique custodiri possunt, ne amittantur, et Stichi casus fatalis, cui nulla ratione occurri potest, periculum? Durius est quod Heidecc. *ad d. L. naturalis* 5. *Axiom.* 20. emptionem statuit in *d. §.* 1. datis scyphis; permutationem vero *in d. L. ult.* Scyphos esse pretium et quia æstimati (quæ mera divinatio est) et quia facile reduci possunt ad rudem materiam, indeque nummi percuti. Quis hoc vel probet vel refellat? Unicam hanc esse rationem componendi dissidii, qua (pace manium præclarissimi viri dixerim) nulla incommodior. Forest. *Dial.* 49. *n.* 5. accipit *d. L. ult.* de casu quo Stichus mortuus antequam pecunia daretur, arg. *L.* 8. *de her. vend.* Facit *L.* 69. *de V. O. L.* 123. *v. quemadmodum de V. S.* Coras. 2. *Misc.* 9. quando servus culpa debitori periit, et Arumæ. *de mora C.* 8. *n.* 4. Cabot. *d. C.* 29. exponit *d. L. ult.* de specie ubi Stichus traditus, et ita mortuus apud accipientem: sed ideo, quia non dedit alter, id est accipientia fecit, sed tradidit tantum, ac ita non implevit ex parte sua contractum. Proxime hic ad veram sententiam accedere videtur, quam commodiua levicula interlocuturæ mutatione adstrui puto hoc modo: Interrogationis signum (?) colloco post illa *Stichum duret*, sive eo usque pertingat quæstio, verbis, *in quod proclivior sum*, quasi in parenthesi posita: sive nova, et succidanea ibi *et ideo* subdatur. Ac responsio seu decisio, non incipiat ibi: *et ideo*, sed ibi. *finge etc.* Sic belle conciliator *d. §* 1. *v. sed si scyphos.* Nam quod ibi dicitur regulare est, neque hic negatur, sed temperatur et declaratur. Sic Resp. IC. Si alienum tradidisti vel tuum quidem, sed pro evictione stipulanti promittere negasti, non liberaberis præstatione et restitutione accepti, si deinde Stichus apud accipientem decessit. Cui consequens est, nec te liberari, et multo minus, si Stichus et alienus fuit et apud te mortuus, ne sis in meliore conditione ante, quam post præstationem Stichi et qualem qualem contractus, ex parte tua, impletionem. Nec mihi isthæc tentare religio, cui alias maxima juris locos pervertendi. Quia enim Pandectarum Florentinorum archetypo, ex quo omnia, quæ nobis extant, exemplaria descripta, ut post A. Aug. 1. *Emend.* 1. Cont. *Disp. C.* 6. nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, Angelus Politianus testis oculatus, *Misc. C.* 41. ponere nobis ea, si docet ratio, et posita undecunque expungere liberum erit. Budæ. *ad L.* 3. *de LL.* Aug. 1. *Emend.* 2. 4. *et* 8. A. Gent. 3. *Lect.* 10. Vult. 1. *Disc.* 12. Gœd. *ad L.* 21. *de V. S. n.* 18. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 17.

(5) Quam inane hoc effugium sæpe antea monui, et cuivis apparet. Simpliciter certe ponit Ulpianus, Proculi sententiam *d. L.* 3. *§.* 3. nec illius iterum, in *d. L.* 5. *§.* 3. quæ et ex alio libro desumpta est, meminit. Et diversi sunt casus servi mortui et fugientis, nec eandem plane rationem habent. Quin ex *d. L.* 5. *§.* 3. *in fin.* apparet adeo casum liberare restitutione accepti, ut nec interdum si negligentia illi caussam dederit, aliud statuatur.

distraxerit, quia ad manumissionem servabat. Quod si distracturus non fuit, nominatim addit ibidem Ulpianus repetitionem competere, quamvis Stichus casu perierit. Decederet enim, inquit, etsi debitor non accepisset, ut manumitteret. At illud saltem contrarium, dicat aliquis, quod vult Ulpianus cessare repetitionem, si is qui accepit, ut servum manumitteret distracturus fuerit. Ne hoc quidem contrarium. Hic enim exceptio est una ex paucis, in quibus justa caussa prohibet repetitionem, quamvis caussa secuta non fuerit. De quibus semel dicetur postea. Exceptio ducta aliunde, quam quod caussa non fuerit casu secuta. Nunc de casu tantum agimus, negamusque hunc solum efficere, ut caussa eo casu non secuta cesset repetitio, quod et verum est, nec quidquam in eo mutant sequentes istæ exceptiones.

X. Sed ut duo loci superiores vitari possint, tertius certe non videtur posse, in quo velut ex professo definitio superiori sententiæ contraria posita videtur. Is est *d. L. pen. C. de cond. ob caus.* Sic enim vulgata lectio est: ***pecuniam a te datam, si hæc caussa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est.*** Ego autem de eo loco duo commode responderi posse arbitror. Primum recte dicetur, caussam in eo rescripto non significare finem ob quem pecunia data est, quomodo nunc caussam vocamus; sed litem, et caussam agendam. pro qua agenda pecunia data sit, ut accipitur in *L. caussas. C. de trans. L. 1. §. advocatos, D. de extraord. cognit.* ut cum nominantur caussarum genera apud rhetores. Sic autem caussam in eo rescripto accipi debere, certe commode posse, et si proprietatem sermonis sequi volumus, debere, intelligi potest ex adjunctis. Sic enim verba sunt; si hæc caussa, pro qua pecunia data est. Expendamus dici caussam, pro qua pecunia data est: non autem caussam, ob quam pecunia data est. Cum verbo caussæ significamus finem, propter quem, dicimus dari aliquid ob caussam, non autem (6) pro caussa. Unde ubique dictam legimus condictionem datorum ob caussam, caussa non secuta: inauditum autem, condictio datorum pro caussa. At cum dicimus pecuniam dari pro caussa, hic verbo caussæ significamus subjectum rei, in quo hæc datio velut exercetur, ut cum dicimus in permutatione rem pro re dari. Ergo his verbis significatur pecunia data pro caussa agenda. Proinde data advocato advocationis caussa. Is enim est advocatus, qui caussam in judicio agit, seu qui caussæ agendæ quoquo studio operatur. *L. 1. §. advocatos, D. de extraord. cognit.* Ita rescriptum ad pecuniam advocato datam pertinebit. In advocato ut et in similibus quibusdam personis sic jus est, ut si quidem per eum steterit, quominus caussam ageret, reddere debeat, quod accepit ex regula communi. Quæ pars subjecta est rescripto sequenti, idest, *L. ult. C. de cond. ob caus.* sin autem caussa, ut prius rescriptum loquitur, non culpa ejus, sed casu fortuito secuta non sit, tum servetur jus harum personarum proprium, ut pecunia eo nomine data repeti non possit. Quæ rursum altera pars est priore illo rescripto comprehensa. Ut consulto factum videri possit, quod ea rescripta conjuncta sint, quorum uno pars una distinctionis de advocato receptæ traderetur: altero pars altera velut interpretationis et certioris explicationis vice. Sed et hæc in advocato exceptio est, dati repetitionem denegans non propter id solum quo factum est, ne caussa ageretur: sed alia justa de caussa extrinsecus accedente, quæ hanc æquitatem inducat, ut postea dicetur. Quo sensu fieri apparet, ut ne hoc quidem rescriptum ei sententiæ quæ a nobis posita est, magis adversetur, quam superior exceptio.

XI. Sed quoniam retenta lectione vulgata nunquam deerunt, qui alteram significationem amplectantur, ut pecuniam illic datam pro caussa, interpretentur datam ob caussam, quæ postea secuta non est: demus operam, ut adversus hanc dubitationem superior interpretatio muniatur. Et vero quid hic sequamur, certæ regulæ juris nos doceant. Esto enim, conveniat verbis hæc interpretatio posterior. At certe illud semper obtinebimus convenire et priorem, quam diximus. Quinimo ut ante dixi, si latine et proprie loqui volumus, rectius diximus pecuniam dari pro caussa, ut sit pro lite et controversia, quam ut significemus dari ob caussam, seu ut aliquid sequatur, quomodo nusquam locutos veteres legimus. Nec quem moverit, quod postea hæc caussa non dicitur acta non esse, sed non esse secuta; quod de re futura, et quam postea sequi volumus, dici solet. Nam et lis culpa advocati potest

(6) At non inconcinne *pro caussa*, id est ut caussa sequatur. *Sic* pro merce pretium, pro usu rei merces datur, id est ut tradatur merx, ut præstetur usus, et in similibus. Reliqua facile concidunt. Cur autem veteri lectioni, sibi probe constanti et convenienti *d. L.* 5. §. 3. *de præsc. verb. d. L.* 3. §. 3. *D. h. t.* novam subrogemus.

non sequi, dum actor advocato fidem non implente litem omisit. Potest et non sequi casu; dum advocato ad caussam agendam parato, aut mors actorem sustulit, aut actor vivus ultro lite cessit adversario, aut de ea transegit. Hoc enim omne factum actoris advocatu casus est fortuitus, cui ille obsistere non potuit. Sed volo non magis hanc significationem convenire verbis, quam alteram. Attamen hoc saltem efficietur pariter convenire utramque, proinde huc rem redire, ut fateamur ambiguam esse rationem rescripti, quæ hanc et illam significationem admittat. Ideo videndum, utram potius significationem sequi debeamus, quando utrumque non licet, cum sint contrariæ. Scimus autem quid hic præscribat regula juris de orationis ambiguæ interpretatione: nempe, In ambigua voce legis eam potius accipiendam esse significationem, quæ vitio caret. *L. in ambigua D. de legib.* Quod si hic fit, quæstio tollitur. Ut enim dicamus hic pecuniam datam pro caussa, idest ob caussam, et caussa casu non secuta pecuniam repeti non posse, efficitur sententia, non quæ vitio careat, sed quæ sit vitiosissima, utpote incurrens in tot reprehensiones, quot species supra ostendimus, in quibus caussa casu non secuta competit repetitio. Sin intelligimus pecuniam datam pro caussa, idest lite, seu pro caussa agenda, quod fit cum datur advocato advocationis caussa, placetque pecuniam ita datam, si caussa non culpa accipientis, sed casu secuta non sit, repeti non posse: ea sententia statuitur quam certum est vitio carere, est enim verissima. Quare in promptu est ex superiore regula, hanc significationem posteriorem accipi, illam priorem removeri debere.

XII. Si cui nondum hoc satis probari potest, videturque hic caussa non secuta non posse aut debere accipi: nisi de caussa propria hujus repetitionis, idest de caussa ob quam quid datum est, ut sequatur postea: est altera non minus idonea defensio, scripturam quam retulimus, in superiore rescripto vitiosam esse; neque ideo novam comminiscendam, sed servandum eam, quæ legitur in veteribus exemplaribus omnibus manuscriptis, ut pro illis verbis, si hæc caussa, legamus, licet caussa. Sic est ut dixi, lectio veterum exemplarium manuscriptorum, ut testes sunt ii, quibus id observare studio fuit. Ut Russardus in editione Pandectarum, quam cum suis notis adornavit. Qua lectione recepta consequens est subjici debere orationem non negativam, ut vulgo legitur, et in qua idem ille quem dixi parum considerate mansit: sed affirmativam; et pro minime quod sequitur postea in lectione vulgari, legendum minimum, perexigua ac prope nulla, certe finitima mutatione literarum. Et minimum accipiendum, pro ut minimum, seu saltem. Ut sit sententia, pecuniam datam caussa ob quam data est, non secuta, licet casu secuta non est, ut minimum, seu ipsam saltem repeti posse certum esse. Hanc lectionem hæc suadent, atque adeo prope necessario exigere videntur. Primum quia hæc verba, si hæc caussa, rescripto non conveniunt, atque adeo in eo rescripto aperte sunt vitiosa. Nam quæ vis est hujus particulæ demonstrativæ hæc, demonstratur his verbis certa aliqua caussa præcedens aut subsequens, de qua actum sit, ut sequatur postea. At in eo rescripto nullius certæ caussæ mentio fit neque ante, neque postea. Quare hæc lectio ut vitiosa repudianda. Hac autem remota, relinquitur altera huic vicina, quam sequamur, ut legamus licet. Scriptura eo magis recipienda quia et sine vitio est, utpote de omni caussa recte concepta, et fide veterum librorum defenditur. Jam vero hac recepta, dixi consequens esse subjici debere orationem affirmativam in hæc verba, pecuniam datam minimum repeti posse, non autem negativam hanc, minime repeti posse. Recte consequens. Hæc enim oratio, licet caussa secuta non est, adversativa est, desiderans et ipsa adversantem orationem. At oratio subjecta sic adversatur, si dicamus pecuniam repeti posse. Hæc enim erat objectio. Atqui fieri potest, ut caussa non culpa accipientis, sed casu secuta non sit. Occurritur huic dubitationi per adversativam hoc modo. Ne quem hoc moveat: licet enim caussa casu fortuito secuta non est, minimum pecuniam datam repeti posse certum est: minimum, idest ut minimum, seu saltem. Ubi si legeremus pecuniam minime repeti posse; non adversaretur huic sententiæ quod caussa casu secuta non est, sed potius ejus sententiæ rationem contineret: atque ita legendum esset, si caussa casu secuta non est, seu quia caussa casu secuta non est, pecuniam datam repeti non posse certum est. Ut autem affirmativa oratio pecuniam repeti posse, illi scripturæ convenit, licet caussa casu secuta non est: ita sic quoque legendum esse non tantum suadet, sed etiam flagitat illud certum est, quo verbo rescriptum utitur. Nam illud, pecuniam repeti non posse si caussa casu secuta non est; si non est falsum, at certe nullo modo dici potest certum esse. Etsi enim aliquibus in caussis admitteretur.

in innumeris tamen secus esse tot locis legimus. Quæ varietas, vel potius repugnantia fieri non potest, quin maxime jus hac de re incertum, et anceps reddat. Contra si ita legimus, quanvis caussa rasu secuta non sit, tamen pecuniam repeti posse certum est; nihil potest dici verius, quam hoc ex jure vetere; et sententiis receptis certum esse. Ex iis enim quæ probavimus, constat id ita esse, postquam propositis omnibus modis, quibus caussa casu potest non sequi, ostendimus id jus esse in singulis. Sed et illud minimum, idest ut minimum, ad hujus sententiæ confirmationem facit. Cum enim pecuniam tibi dedi, ut mihi Stichum dares, possum utroque nomine tecum experiri, et ut mihi Stichum des, quia ita convenit, et non est nuda conventio. *L. legem, C. de pact.* Et si velim, possum age, re, ut pecuniam reddas datam ob caussam caussa non secuta. *L. naturalis*, tota, *D. de præscr. verb.* Quid, si Stichus sine culpa tua perierit? non sane potero amplius eo nomine agere, cum Stichus mihi perierit, *d. L. naturalis*, in pr. vers. *sed si scyphos.* Sed ut hoc non liceat, tamen ut minimum pecunia repeti poterit, idque ita diserte traditum est in *L. ult. D. de cond. caus. dat.*

XIII. Sive hoc posterius, sive prius illud placet de sententia superioris rescripti, recte alterutrum exigere necesse est, si volumus ejus definitionem tueri. Alioqui defendi omnino non potest; ut sunt ea, quæ ante de hoc genere ostendimus. Nec effugiemus eas objectiones, si confugiamus ad distinctionem Bartoli, qua ille ex hac difficultate eluctari conatus est ad *d. L. 3. D. de cond. caus.* Nam præterquam quod ejus distinctionis pleræque partes falsæ sunt, eæ scilicet, in quibus propter casum caussa non secuta denegat repetitionem; hoc etiam incommodum illum urget, quod in iis partibus, quæ veræ sunt, auget difficultatem, et falsitatem rescripti non diluit. Hoc enim agit, ut reddat rationem cur in plerisque caussis, quæ contrariæ videbantur, caussa quanvis casu non secuta, nihilominus competat repetitio. At hoc est maxime confirmare repetitionem dati caussa quanvis casu non secuta. Quod quo certioribus rationibus feceris, eo magis adversus rescriptum dixeris, quo repetitio hoc casu in universum denegatur.

CAP. XXII.

Licet caussa, ob quam datum est, adhuc impleri possit, et paratus sit, qui accepit, implere; tamen caussa nondum secuta posse datum ex pœnitentia repeti: Et quid in hac re heredi ejus quem nondum pœnituerat, liceat.

Danti licet ex pænitentia datum repetere, caussa non secuta, et si accipiens sit paratus implere. I.

Contrariis occurritur. II.

Heredi dantis non licet ob caussam datum ex so'o pænitentia repetere. III.

Sed tamen repetat ex pænitentia simul, et caussa nondum secuta. Quid hoc a superiore differat. IV.

I. Atque hæc ita sunt, si caussa non secuta jam certo impleri non possit. Quid si impleri adhuc et sequi possit, nondum tamen sit secuta. Licetne hic etiam datum repetere, dum pendet, an caussa sequatur, necne? Et superiore regula efficitur posse. Non enim eo minus verum est caussam secutam non esse, etsi sequi potest postea. Sic autem jus est, quod ob caussam datum est, repeti posse caussa non secuta. Et hoc ita in hac specie receptum est. Minus mirum, si receptum dicamus in ea caussa, quæ sit collata in eventum, et quam reus fateatur a se impleri non posse. Sed hoc dicimus amplius, etsi caussa sit in potestate accipientis, et is ultro se dicat paratum caussam implere, tamen placuit licere (1) pœnitere ei qui dedit, et ex pœnitentia datum revo-

(1) De quo vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 27 *et seq.* ubi aliquot modis extendit et restringit, ubi et *n.* 29. quid si juramento firmatus contractus fuerit. Et Io. Gutierez. *de Juram confirmat. p.* 1. *C.* 35. Nam pœnitentiæ locus jure Canonico, vid. Fach. 11. *Contr.* 8. Gravi vero, aut ego valde fallor, errore labitur Jac. Schultet. *Pract.* QQ. 10 *n.* 25 scribens condictione datorum instituta in liberrimo rei arbitrio versari, malit ne etiamnum implere placita aut data restituere. Nec enim video quæ sic pœnitendi licentia relinquatur, aut quod ita in effectu, contractus innominati a nominatis discrepent. Sane leges quas ad comprobationem vir doctissimus citat, mea sententia, nihil, quam hoc, minus inferunt.

ćare. Veluti si dederim tibi pecuniam, ut Capuam ires, ut Stichum manumitteres, pœnitere me dati, ac velle recipere, quod dedi. *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. *D. de condict. caus. dat.* Idque usque adeo obtinuit, ut quamvis post denuntiationem impleris, quod promiseris, puta ieris Capuam, aut Stichum manumiseris: placet tamen ut initio dixi, cum rem tibi nihil prodesse, quominus ex pœnitentia, quæ præcessit, datum repetam. *L.* 5. §. 1. *D de cond. caus. dat.* Nec obstat, quod caussa secuta est, et ob caussam datum placet caussa secuta repeti non posse. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Nam cum sit locus pœnitentiæ, hæc postea secuta fecit, ut videatur desiisse ob caussam datum, quod initio datum erat.

II. Videamus tamen, ne fac ltati isti pœnitendi, et revocandi datum invito adversario contrarium sit, quod traditur, neminem invito adversario renuntiare posse semel constitutæ obligationi. *L sicut, C. de obl. et act.* Minime vero hoc illi adversatur. Cum enim do ut des do ut facias, si negotium in aliud nomen contractus non transit, nec consensu solo contractus parit obligationem: tu qui accipis, ex pacto obligaris, ut des aut facias id de quo convenit, quia pactum non est nudum. *L. legem, C. de pact.* Ego autem tibi non obligor, ut dem etiam si convenisset, ut darem, priusquam tu mihi dedisses quid, aut fecisses. Quia tunc pactum (2 nudum est, ex quo non nascitur jure civili actio, *d. L. legem. L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact. L. ex placito*, *C. de rer. permut.* Quare etsi dederim tibi postea ex conventione, non tamen obligor ad datum apud te relinquendum, qui non fui obligatus ad dandum. Neque enim obligatio nova ex traditione mea nascitur, cum etsi tibi debuissem prius, non modo non obligarer ea solutione, sed etiam statim liberarer. Denique qui indebitum dedit, dando non facit debitum id quod prius erat indebitum. *L. si certis, C. de pact.* Quod si ita est, perspicuum est, cum in his caussis videtur mihi non staro priori conventioni, sed repeto ex pœnitentia quod dedi, non ideo tamen renuntiare me constitutæ obligationi, qui nulla prius tenebar dati obligatione. Locus in primis illustris ad confirmationem non dubiam superioris sententiæ, qua posuimus, datum ob caussam caussa quovis casu non secuta repeti posse. Nam ut ante attigi, pœnitentia et revocatio dantis casus est accipienti sine dubio fortuitus. Est enim id factum, cui is, qui accepit, obsistere non potest. Quæ casus fortuiti in simillimo facto descriptio est in *L. ad eos, D. commod.* Neque hic casus quilibet, sed qui contingat in persona dantis. Hoc amplius sæpe magna culpa et levitate dantis. Et tamen ex hoc casu certi juris est repetitionem danti competere. Quapropter dubitari non debet, quin si alius casus quivis in persona dantis non contigerit, sit omnino dati repetitio.

III. Sed notandum diligenter, quæ pœnitentia hic conceditur ad revocationem dati rebus integris, eam concedi nominatim ei, qui dedit. *L.* 5. in pr. *L.* 3. *D. de cond. cau. dat.* Ex quo intelligimus non eandem facultatem concedi dantis heredibus. Licet observare in omnibus aliis caussis, in quibus permissum est danti pœnitere, et ex pœnitentia revocare, quod dedit, jus ita esse constitutum, ut danti soli boc liceat, non etiam heredi ejus. Hoc ita jus est in donationibus

(2) Duar. *h. t. C.* 4. Ex parte mea, ait, couventioni accessit et intervenit datio rei, ideo accipiens mihi obligatus. Ex illius autem parte tantum nudum pactum, priusquam ipse facit, et ideo aliud in contractibus nominatis *L.* 12. *C. de R. V.* Sed huic rationi obstat quod pactum nudum prosit ad exceptionem et retentionem reo convento. Vasq. *d. C.* 59. *n.* 20. rationem differentiæ inter nominatos contractus et hos in eo ponit, quod in his, caussa dandi est, quod implendum de futuro, qua cessante, locus condictioni: in illis obligatio præcedens. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. *et* 48. *Err.* 4. quia dando non egit ut se obligaret, sed ut alium sibi. Ergo nec naturaliter obligatus. Et dum pœnitet liberat adversarium quem sibi obstrictum babet. Vide et Gomez. 2. *Resol.* 8. *n.* 3. Vera autem hæc et genuina nota contractuum innominatorum, nec quibusdam nominatis communis, ex natura quidem ipsorum. (Quin enim conventione adjecta id effici possit nec dubitatum puto, in eoque nihil novum aut a DD. sententia abnorme tradit Treutl. *P.* 1. *Disp.* 22. *Th.* 2. *lit. C.* licet in dubium sit an tum condictitia hac actione experiundum sit, ut Treutlerus an potius actione principali ex contractu illo, quod verius puto). Longissime vero alia ratio est revocationis mandati, quæ fit rebus undiquaque integris, implemento ex neutra parte sequuto, item renunciationis in societate, cujus omnino diversus effectus. Neque enim eo minus uterque alteri ad id tempus usque obligatus. Sane condictioni ex pœnitentia, et datorum repetitioni ob implementum ex altera parte nondum sequutum, ex. g. rei venditæ et traditæ ob pretium nondum solotum iu nominatis contractibus locum nunqoam esse, contra Balduin. demoustrat Aut. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. explicans *L.* 6. *C. de pact. int. empt.*

inter virum et uxorem. *L. cum hic status*, *§. ait oratio*, *D. de don. int. vir. et uxor.* Jus in rebus a parente collatis in liberos, quos ille in potestate habet. *L. donationes quas parentes*, *C. de don. int. vir. et uxor.* Item in donatione caussa mortis. *Inst. de don.* in pr. Idque ratio juris probat. Quod enim personæ defuncti cohæret, id ad heredem ejus non transit. *L. non solum*, 2. *§. tale*, *D. de lib. leg.* Jus autem pœnitendi tale est. Et enim pœnitentia voluntatis: voluntas autem cujusque morte finitur. *L. 4. D. loc.* Et certe apparet, utcumque heredem pœniteat postea, semper tamen verum esse non pœnituisse dantem, neque eum pœnitere unquam posse, si vivus datum non revocavit.

IV. Quid ergo non poterit heres, quod ob caussam datum est, repetere, caussa nondum secuta, si adhuc pendeat, an sequatur? Immo poterit. Quod enim defunctus datum condicere potuit caussa nondum secuta, jus est non personæ ejus cohærens, sed rei et caussæ. Ideo hæc illi actio competit, quia res secuta non est. Quæ caussa etiam mortuo eo perdurat. Quodcumque autem ejusmodi jus est, in id omne heres succedit: *L. heres in omne*, *D. de acq. her. d. L. non solum*, *§. tale de lib. leg.* Nec cum dicimus heredem quod a defuncto datum est, ex pœnitentia revocare non posse, rebus integris; tanquam autem caussa non secuta posse, pugnantia dicimus: tametsi verum est neminem repetere posse datum ob caussam caussa nondum secuta, nisi pœnitentia acta et mutata voluntate. Hoc enim sic intelligimus, heredem repetere datum non posse ex pœnitentia sola: eundem ex pœnitentia simul et caussa non secuta posse. Quorum utrum dicamus, multum interest. Qui ex pœnitentia sola revocare potest, huic satis est pœnitere. Et dum hoc denuntiet accipienti, nihil accipienti restat omnino, nisi ut quandoque reddat, quod accepit. Sive enim convenitur postea caussa nondum secuta, recte convenitur ex regola communi, quia datum sit ob caussam caussa non secuta. Sive convenitur caussa secuta post denuntiationem, quia forte reus denuntiatione contempta postea caussam impleverat; nihilominus recte convenitur, quoniam caussa secuta sit adversus pœnitentiam ejus, cui concessum est pœnitere. Hactenus vero heredi pœnitere non licet. Ut enim maxime denuntiet accipienti, ne Capuam eat, ne manumittat; tamen si hic consistit, nec datum repetit judicio, qui accepit, impune contemnet denuntiationem, et implebit, quod promiserat, quo subsecuto, frustra deinde heres repetet datum tanquam caussa non secuta, quia vere secuta sit. Nec dicet caussam secutam contra pœnitentiam et voluntatem suam; quoniam hæc sola pœnitentia ad mutandum datum illi non conceditur. At qui caussa non secuta ita se instituit, ut ex pœnitentia mutet factum, et simul judicio agens datum repetat, hic demum dicendus est repetere ob caussam datum non ex pœnitentia, sed ex eo, quod cum litem contestatur, caussa nondum secuta erat. Hoc vero heredi facere jus est, fuit enim jus defuncto; heres autem, ut dixi, in jus omne defuncti non personale succedit. Judicio agere cum cœperit heres, non est ei metuendum, ne reus postea legi dictæ parendo condemnationem evitet. Potestatem enim caussæ implendæ retinet reus usque ad litem contestatam: lite semel contestata amittit. *L. 9. L. si insulam*, 84. *D. de verb. obl.* Quippe nova obligatio judicati judicio contracta est, quam suo facto mutare non potuit, ut scripsi ad eos locos.

CAP. XXIII.

In quibus caussis dati ob caussam caussa non secuta cesset repetitio.

Transitio. Caussæ justæ, quæ præter caussam casu non secutam repetitionem inhibent, duplicis generis; et quæ. I. II.

Doti ob caussam, quæ nec casu secuta, at nec sequi potest, duæ caussæ summovent repetitionem; et quæ. III.

Voluntas dantis qualis ejusmodi caussa. Ea aut expresse, aut conjectura significatur. IV.

Conjectura in eo cernitur, quod datum ob caussam natura vel jure impossibilem: et quatenus. V.

Contraria diluuntur. VI.

Item in eo quod sponsæ donatur a sponso, et vicissim. Quomodo: et qua de caussa. VII.

Accipientis incommodum quotenus repetitionem adimat. VIII.

Dati ob caussam quæ adhuc pendet, prohibent ex pœnitentia repetitionem obligatio dantis, et cœpta caussæ impletio. IX.

Dantis obligatio talis duplex. X.

Una, cum quis dedit, sed obligatus. Quibus ex contractibus nascatur, aut non ista obligatio. Ab utroque genere exempla. XI.

Altera, cum obligatur qui dedit, et ipse provehere caussam, quam impedit ex pœnitentia. XII.

Cœpta impletio dati repetitionem amovet ex pœnitentia, si eam omittere non sit integrum accipienti. XIII.

Integrum esse desinit tribus modis. XIV.

1. *Cum quis ad caussam implendam incipit obligari. Quæ hujusmodi species, ejusque ratio.* XV.
2. *Cum accipienti abest, quod erat in re seu in impletione præcipuum. Et hoc quale.* XVI.
3. *Cum quis ad caussam implendam paravit res necessarias.* XVII.

I. Ex his apparet nihil verius aut certius dici posse, quam quod supra ostendimus, quod ob caussam datum est, caussa quanvis casu, et quidem quovis casu non secuta nihilominus repeti posse. Sed hoc totum sic accipiendum est, ut initio adjeci, si nihil aliud hic referre existimetur, quam quomodo caussa secuta non fuerit: seu si nihil hic aliud obstet repetioni, quam casus; quo factum est, ne caussa sequeretur. Cæterum justæ caussæ intervenire possunt aliunde, quæ inhibeant dati repetitionem.

II. Et sunt omnino hujus generis complures jure cognitæ in hac repetione: quas jam separatim subjieiam. Earum quædam proprie valent adversus eam repetitionem, quæ instituitur caussa ita non secuta, ut certum sit nec sequi posse. Quædam magis ad removendam præmaturam repetitionem, quæ inducitur caussa adhuc pendente, prohibetque ne impleatur.

III. Cujus dati caussa ita casu secuta non est, ut nec sequi possit, id quominus possit repeti, duæ justæ caussæ sunt: Voluntas dantis, et accipientis incommodum.

IV. Voluntas dantis, si non fuit hoc animo, ut caussa casu non secuta datum repeteret. Quem quidem ejus animum si fuisse aperte constet, nemo dubitat, quin jure ei denegetur repetitio. Neque enim numeratio datio e alicujus rei accipientem obligat, nisi hoc ipsum agitur, ut confestim obligetur. *L. non omnis, D. si cert. pet.* Sed etsi is qui dedit, non aperte dixit se hoc sentire: tamen ubi verisimile est ejus animum hunc fuisse, conjectura voluntatis admittitur. Quam ad conjecturam duæ species datorum pertinet: in quibus propterea placet caussa casu non secuta repetionem dati non esse: datum ob caussam impossibilem, et donatum a sponso sponsæ, vel contra.

V. Datur quid ob caussam impossibilem, cum datur ut fiat, quod fieri non potest vel natura prohibente, vel jure. Natura, veluti si dem, ut Stichum des, qui mortuus erat; ut manumittas, qui erat liber: ut enim natura dari non potest homo qui non est, id est mortuus; sic nec manumitti qui est liber, cum manumissio sit e manu et justa servitute missio, seu libertatis datio. *Inst. de libert.* in pr. *L. 4. D. de just. et jur.* Jure non potest, veluti si dem pecuniam in dotem, ut nuptiæ inter aliquos sequantur, quæ inter eos jure consistere non possunt. Nam et quod jure non possumus, omnino nec posse nos credimur. *L. filius, D. de cond. inst.* Quæ ob ejusmodi caussam data sunt, interdum repeti possunt, ut caussa non secuta: interdum non possunt; quæ pars ad id de quo agimus pertinet. Ac de iis ita jus est. Quod quis ob impossibilem caussam dedit, veluti ut liberum hominem manumittas; si putavit caus-

sam possibilem, puta servum esse, de quo manumittendo agebatur, nihilominus repetet, non secus, quam si ob possibilem caussam dedisset, quæ non esset secuta. *L. cum ancillam, C. de cond. ob caus. L.* 3. §. *si liber*, *D. eod.* Quia scilicet dum possibilem putavit, eodem animo fuit ad repetendum, atque si vere possibilis fuisset. Quod si scivit caussam impossibilem esse qui dabat, non repetet. *L. dictum, C. de cond. ob caus.* Ratio quam dixi ex voluntate dantis ducta, quia qui condictionem aut caussam (quæ pro conditione est, *L.* 1. *C. de iis quæ sub mod.*) impossibilem adjecit, non videtur hoc animo fuisse, ut in eo quidquam ageret aut inde vellet ullam obligationem nasci. *L. non solum*, 31. in fin. *D. de obl. et act.* Voluit enim datum reddi non simpliciter, sed sub condictione, si caussa quam adjecit, secuta non esset. At hoc pro non adjecto est. Sciebat enim sequi non posse.

VI. Videri tamen possunt huic parti quædam adversari. Objicitur. *L.* 1. *de cond. ob caus. dat.* In hac specie; Cum contracta essent sponsalia inter eas personas, inter quas matrimonium consistere non poterat, extraneus aliquis pecuniam sponso in dotem dedit, nempe ergo ob caussam ut nuptiæ sequerentur. Proinde in proposito ob caussam impossibilem: nam nuptiæ sequi non poterant. Placet nihiluminus pecuniæ repetitionem esse, ut ob caussam datæ: caussa non secuta. Sed intelligi oportet illic pecuniam datam esse ab eo, qui caussam possibilem, id est nuptias sequi posse putabat. Non exprimitur id quidem verbis rescripti: sed satis intelligitur illis verbis, quibus initio proponitur pecunia data esse in dotem. Nam dotis verbum non refertur, nisi ad ea matrimonia quæ jure valent. *L.* 3. *D. de jur. dot.* Proinde qui ita dedit, ut se putaret dare in dotem, is ita dedisse intelligitur, ut se putaret dare ob matrimonium justum futurum. Jam autem diximus, quod ob impossibilem caussam datum est ab eo, qui possibilem putaret, repeti posse. Hic occurritur, et objicitur secundo loco in sciente (1) *L. si militem. C. de cond. ob caus.* In hac specie. Dedi militi quem militem sciebam, pecuniam, ut mihi procurator esset in aliqua causa. Datum hoc videtur ob caussam jure impossibilem. Nam miles procurator esse non potest nec si adversarius consentiat, ut est in *L. filiusfamilias*, 8. §. *veterani, D. de proc.* Sed et in *d. L. si militem.* Diserte scriptum est, militem procuratorem fieri, legibus interdictum esse. Quod si ita est, et ita jus usse scivi aperte ob impossibilem caussam dedi sciens; si ignoravi, erravi in jure; qui error non magis mihi prodest ad repetitionem, quam si non errassem. *L. cum quis, C. de jur. et fact. ignor.* Placet tamen in *d. L. si militem.* quidquid ob hanc caussam datum est, ut caussa non secuta repeti posse. Et sit sane in hac specie pecunia militi a sciente data: attamen non est data ob caussam impossibilem. Prohibetur enim legibus miles procurator esse: non absolute, sed hac condictione si adversarius eum removeat exceptione procuratoria. Quod si hac omissa miles alieno nomine litem contestatus erit, jure procurator est, et judicium consistit. Et hoc additur nominatim in *D.* §. *veterani.* Rata est igitur hæc sententia, quod quis ob impossibilem caussam sciens dedit, repetere eum non posse. Caussa inibendæ repetitionis ea quam dixi, quia non fuerit hoc animo, ut hac adjecta ejus ratiuuem haberi vellet.

VII. Ad eandem caussam pertinet donatum a sponso sponsæ, et contra, hoc modo. Si quid sponsus donavit sponsæ, aut sponsa sponso, etsi intelligitur donasse ob caussam, nempe futuri matrimonii caussa; sic tamen jus est, si non (2) culpa accipientis acciderit, ne nuptiæ sequerentur, quæ secutæ non sunt, donatum repeti non posse. Veluti, si sponsus nuntium remiserit sponsæ, aut decesserit ipse, vel sponsa prius, quam nuptiæ contraherentur. Quibus casibus dicemus repetitionem non esse nec a sponsa ipsa, nec a defunctæ heredibus. Id intelligimus ex *L. cum veterum*, *C. de donat. ant. nupt.* Nam illic initio refertur, veterum sententiam fuisse, donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis valere. Excipit constitutio, et hactenus illam sententiam temperat, nisi culpa accipientis acciderit, ut nuptiæ non sequerentur: Veluti si sponsa cui donatum erat, aut parentes ejus ea non dissentiente nuntium sponso remiserint. Hinc facile est intelligere, si nihil istius culpa accipientis acciderit, jus antiquum et illam sententiam

(1) Ad cujus explicationem vid. Fr. Sarmient. 2. *Select. interpret.* 3. *n.* 8. *et seqq.*

(2) *L.* 1. *C. Th. de sponsal.* Item si nuptiæ ob mortem alterutrius non sequutæ, dimidia pars a sponso ejusve heredibus non revocatur, si osculum intervenerit *L.* 16. *C. de don. an. nupt. d. L. C. Th. de sponsal.* vid. Goth. *in not. d. L. n.* 16. Gomez. *in L. Tauri* 5). *et* 3. *seqq.* Ant. Quib. *de Sponsal. Cap. de Effectu sponsal. cir. fi.* Constant Roger. *de Dote Q.* 19. *n.* 16. *et seq.* to. Fr d. Sol. *Tr. de Bon. const. matrimon. acquis. Q.* 1.

veterum manere. Sive quod exceptio regulam confirmat in partibus non exceptis. *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa*, in fin. *D. de inst. vel inst. leg.* Sive quod quæ mutata specialiter non sunt, ea veteris juris regulis relicta intelliguntur. *L. proximus*, in fin. *C. de opp.* Hujus rei ratio non alia in re, quam in voluntate et effectu dantis: quem constat sponsam amasse, et donando non aliud spectasse, quam ut beneficio sponsam invitaret, quo vellet proniore animo nuptias sequi. Cui voluntati repugnat donatum repetere, si sponsa parata sit nubere, sed quominus nubat impediatur casu. Sed et illud constat, quod a sponso donatur futuri matrimonii caussa, seu ut matrimonium sequatur, in eo tacite id agi, ut sponsus donatum repeti velit sub hac conditione, si mulier non nupserit. Porro in his qui effectu aliquo ducuntur erga mulierem, et hanc conditionem legato aut donationi in mulierem collatæ injiciunt, si mulier non nupserit, eam conditionem sic interpretati sunt veteres quasi dictum esset, si mulier nubere noluerit, affectu patris et similium personarum aliquid mulieri donantium hanc interpretationem exigente. *L. pater*, 101. *D. de cond. et dem.* Denique scimus quis esse soleat affectus sponsi erga sponsam, et sponsæ erga sponsum. Neque vero novum est ex affectu rem ita æstimari, ut quod datum alioqui repeti posset, tunc non possit, cum ab affectu profectum intelligitur. *L. quod in uxorem*, *L. si paterno*, *C. de neg. gest.*

VIII. Ex incommodo accipientis cessat repetitio justissima de caussa, si res quam ille dare, aut manumittere ex lege dicta debuit, amissa est, eique amissioni fides suscepta, seu necessitas implendæ conditionis caussam præbuit. Utputa, dedi tibi pecuniam, ut Stichum intra certum tempus mihi dares, aut manumitteres. Is ante diem periit: si amissioni caussam præbuit conventio, non repetam. Id autem accidit duobus modis. Uno, si Stichum distrahere potuisti, et idcirco omisisti opportunitatem vendendi. Quia propter conventionem qua eras obstrictus, eum ad manumissionem parabas. Altero, si cum jussu tuo proficisceretur ad manumissionem, aut ut mihi traderetur, periit in itinere, eique morti profectio caussam attulit. Veluti, si a latronibus sit interfectus, si ruina stabuli oppressus, si submersus naufragio, si vehiculo sit obtritus. Quæ summa est *L.* 5. §. 1. maxime in illis verbis; *sed ubi accepit*, *D. de cond. caus. dat.* Repetitionis in hac caussæ inhibendæ ratio et æquitas hæc est, quod ut is qui accepit, non debet ex eo quod datum est, lucrum facere, si videatur danti repetere, quod dedit. Ita etiam propter conventionem et officium, cui parere voluit, damno affici non debet. Quæ ratio generalis significatur in *d. L.* 5. §. 1. in pr. *de cond. caus. dat.* Et certe si nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi caussa susceperit, damnosum esse debet. *L. si servus*, 61. §. *quod vero*, *D. de furt.* Multo minus debet esse ei, si quis id officium implere ex voluntate dantis necesse habuit.

IX. Atque hæ caussæ sunt ad inhibendam repetitionem dati, quæ peculiariter locum habent in ea caussa; quæ ita secuta non est, ut nec sequi possit. Sunt, quæ proprie locum habeant in ea caussa, quæ adhuc pendet, et sequi potest: valentque ad inhibendam pœnitentiam et ex pœnitentia revocationem dati rebus integris, seu quamdiu pendet; an caussa sequatur, necne. Hæ caussæ summæ duæ sunt: Obligatio dantis, et Cœpta ab accipiente caussæ impletio, quam illi omittere sine injuria integrum non sit.

X. Obligatio dantis repetitionem ejus ex pœnitentia summovens duplex est.

XI. Una est, cum is obligatus fuit ad dandum id, quod prius dedit, ita ut ab eo ultro peti posset, si non daret. Nam quod adversarius ab eo petere potuit, multo magis ab eo datum potuit adversarius retinere, ut proinde merito repetenti obstet exceptio doli mali. Accidit hoc cum quid datum est in iis contractibus, qui solo consensu pariunt obligationem, qui iidem transeunt in proprium nomen contractus, ut emptione venditione, locatione conductione, et similibus, de quibus supra diximus. Sit exempli gratia emptio et venditio. Vendidi tibi fundum certo pretio, et tradidi, nempe ob caussam, ut mihi pretium dares. Sic enim loquitur Paulus in *L. naturalis*, 5. in pr. 1. *resp. D. de præscr. verb.* Tu autem pretium cessas dare non casu, sed forte pervicacia. Sic tamen jus est, ut placeat me fundum tibi datum repetere non posse: denique actionem mihi, pretii, non eorum quæ dedi, (3) repetitionem competere. *L. si donationis*, *C. de contr. empt. L. incivile*, *C.*

(3) Vid. *C. præced.* N. 2. Hinc et generatim donans ob caussam condicere nequit, quamdiu donatarius potest et vult conditioni parere, per *L.* 3. *et* 8. *C. h. t.* quia et sic donatum ultro peti potest post *L.* 35. *C. de don.* Et juxta jus quoque vetus alia

de rei vind. Cur hoc potius in emptione, et similibus contractibus, quam in iis, qui in aliud nomen contractus non transeunt, ut permutatione? Quia in emptione et venditione, de qua proposuimus, qui fundum venditum tradit, etiam cum sine traditione debuit, habetque emptor ad id consequendum ultro actionem ex empto *L. ex empto*, 15. *D. de act. empt.* Venditum et nondum traditum si emptor ultro petere potuit, multo magis a venditore traditum potuit retinere juxta regulam juris. Cui damus actionem ad aliquid exigendum, multo magis ei exceptionem ad id retinendum competere quis dixerit. *L. invitus*. §. 1. *D. de reg. jur.* Non mirum, si aliud placuit in iis contractibus, qui consensu obligationem non pariunt, qui idem non transeunt in aliud nomen contractus, qualis est permutatio, quæ ex re tradita initium obligationi præbet. *L.* 1. *D. de rer. permut. L. ex placito*, *C. eod.* (Constat enim si hac caussa dem tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des, licere mihi Stichum repetere ex pœnitentia tanquam ob caussam datum caussa non secuta. *L. naturalis* 1. *resp. D. de præscr. verb.*) Non mirum hoc, inquam. Nam ex hoc genere qui dedit alii, et necdum quidquam ab eo accepit, nullo modo adversario obligatur ad dandum quod dedit, eoque nec ad datum relinquendum quasi prius debuisset, ut ante ostendimus. Hinc notandum est, quoties dedi tibi quid ob caussam, ut dares, aut faceres, et quæritur, an mihi qui dedi, liceat datum repetere ex pœnitentia caussa non secuta; in primis animadverti debere, quo ex genere contractus quid datum sit: ut si ex eo, qui solo consensu obligationem parit, cesset repetitio: sin contra, locus sit repetitioni ob caussam dati caussa non secuta. Quod et fecisse Paulum licet observare in *L. naturalis*, tota, *D. de præs. ver.* Et ex superiore distinctione de hac repetitione dati statuisse.

XII. Altera obligatio dantis idem efficiens est, cum is obligatus est ad caussam implendam aut promovendam, quam ex pœnitentia impedire cogitat. Non enim recte conetur infirmare, quod ipse ultro debeat tueri. *L. vindicantem*, *D. de evict.* Id accidit in rebus a sponso sponsæ vel a sponsa sponso donatis. Quod sponsus sponsæ donavit, si revocat ante nuptias, quia forte sponsæ nuntium remittit, revocat ob caussam datum caussa non secuta; et revocat ex pœnitentia. Quorum utrunque ex regula communi superiore illi licere diximus. Negavimus tamen supra eum qui sponsalibus nuntium remiserit, donatum alteri repetere posse. *L. cum veterum C. de donat. ante nupt.* Idemque placet de arrhis sponsalitiis. *L.* 3. *C. de spons.* Nempe ideo, quia ipse qui caussam, idest nuptias, sequi non vult, ex sponsalibus obligatus est, ut nuptias cum sponsa contrahat, si nihil aliud prohibeat. Est absurdum licere ei mutare, quod promovere debuerit.

XIII. Cœpta ab accipiente caussæ impletio repetitionem dati ex pœnitentia dantis summovet, si cœpta impletio ejusmodi est, ut accipienti eam omittere non sit integrum sine damno et injuria sua.

XIV. Desinit autem accipienti res esse integra tribus modis: vel quia ad caussam implendam cœpit esse obligatus, vel quia quod præcipuum in re erat, illi abest, vel quia sumptus fecit necessarios ad caussam inchoandam.

XV. Qui ad caussam implendam jam obligatus est, quandiu pendet an obligetur, datum ob caussam repeti non potest; quoniam qui ita obligatus est, perinde haberi debet, quasi jam implesset. Id accidit in dote sponso data, quam extraneus, qui dedit, ante nuptias contractas revocat. Videbatur hoc ei licere ex regula communi, quia datum ob caussam, ut nuptiæ sequantur, revocat nuptiis nondum secutis ex pœnitentia quam danti concessimus. Negat tamen Neratius in specie proposita dotem repeti posse (4) quandiu nuptiæ sequi possunt. *L. quod Servius*, *D. de cond. caus. dat.* Quæritur ratio hujus sententiæ. Hæc est, quod etsi sponsus nondum contraxit cum sponsa nuptias, ob quam caussam pecuniam acceperat, tamen in ea caussa est ex sponsalibus ut contrahere necesse habeat, sponsa postulante. Non adstringitur quidem vinculo pœnæ ad matrimonium contrahendum legibus Romanorum. *L. Ti-*

donationis hujus ratio quam simplicis ob caussam donationis, ut A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. Donationi huic duplex caussa: Præsens una, liberalitas. Altera futura ut quid fiat vel detur vicissim. Illa nunquam potest videri defecta, hæc ex voluntate pendet. Hinc ut si nolit parere conditioni qui accepit, condictio est, quia ex sola liberalitate non erat alter donaturus: ita parato illo implere non est condictio, quia, pendente impedimento, subest alia caussa præsens, et jam impleta, liberalitas. Num et exceptio in contractu favore piæ caussæ vel ecclesiæ inito? Neg. contra alios Covar. 1. *Resol.* 14. *n.* 15. Tiraq. *Privil. piæ caussæ* 133. Ant. Fab. 44. *Err. Prag.* 4.

(4) Vide Bald. *Novell. Tr. de Dote P.* 6. *Privileg.* 51.

tia, in pr. *D. de verb. obl.* At non eo minus ex ufficio viri boni sua promissione ita obligatur, ut propemodum sit infame non præstare fidem in re tam religiosa. Porro qui quid facere aut præstare alicui debet, quo facto actionem vel exceptionem adversus alium habere incipiat, si ad id præstandum cœperit esse obligatus, fecisse jam et præstitisse videtur. *L. si quis mandatu* §. 28. *D. de neg. gest.* Itaque non tantum in dote data idem dicimus favore dotis, ut vulgo existimatur; sed etiam generaliter in omnibus quæ ob caussam data sunt, si ei qui accepit, res eo devenit, ut necesse habeat facere quod promisit. *L. si pecuniam*, 5. 1. *resp. D. de cond. cau. dat.*

XVI. Desinit et tum accipienti res esse integra, cum quod præcipuum in re erat, illi jam abest. Quamobrem et tum ab eo repeti datum non potest, quasi re secuta, si per eum non stet, quominus quod reliquum est ad fidem implendam, impleatur. Id accidit in caussa ab advocato suscepta. In hujus quidem persona de honorario quod illi datum est ut caussam ageret, ita jus est, ut si per eum stetit quominus ageret, honorarium reddere debeat. *L. ult. C. de cond. ob caus.* si non stetit, cesset repetitio. *L. qui operas*, 38. in fin. *D. loc. L.* 1. §. *in honorariis*, *D. de extraord. cognit.* Usque adeo, ut quamvis morte ejus id acciderit, placeat tamen salarium auferri non posse ne ejus quidem heredibus. *d. L.* 1. §. *Divus*, *de extraord. cognit.* ut sic efficiatur quocumque casu factum, sit ne advocatus caussam ageret, pecuniam advocationis caussa datam repeti non posse. Quam sententiam esse diximus *L. pen. C. de cond. ob caus. dat.* Cur hoc in advocato placuit præter regulam communem datorum ob caussam? Non dubium, quin ideo, quia opera advocati promissa in caussa suscepta ejusmodi est, ut statim ab initio magna ex parte ab illo impendatur, et quidem præcipua, ut sic quoque caussa videatur ab illo jam inde impleta. Nam ab initio cœpit caussam cognoscere, in eam inquirere, et cogitatione incumbere in eas res, quæ ad vincendam caussam pertinebant, ut se præmuniret, seque compararet ad caussam suo tempore agendam. Vel hæc ipsa opera per se digna est eo salario, quod datum est. Si non absolute; at certe digna, quæ hactenus illi prosit, ne datum aliter repetatur, quam si per eum steterit, quominus quod reliquum erat, impleret. Singulare hoc jus est in advocatis, qui pecuniam sine locatione accipiunt ad operam præstandam; quod proinde ad alios qui quid acceperunt ob caussam, si caussa secuta non sit, transferri non debet. Quod ni proprium jus esset in advocatis, non recte conferretur definitio in advocatos, quæ ad omnes, qui quid ob caussam accepissent, pertineret. Sed et in cæteris, quicquid accipiunt ad operam sine locatione præstandam, non idem jus esse declaratur aperte in *L.* 5. in pr. *D. de cond. caus. dat.* in persona ejus, cui pecunia data est ut Capuam iret. In qua specie placet quamvis is paratus sit proficisci, tamen rebus integris posse dantem ex pœnitentia repetere quod dedit: quia non fuit id factum quod locari solet. Diversa sane caussa est, si intercessit locatio, seu si quis operas suas locavit, et aliquid accepit, ut operam præstaret in aliquod tempus. Quandiu per hunc non stabit, quominus operam præstet, dicemus pecuniam ab eo repeti non posse. Quippe quem placeat supra scripta conditione etiam si nondum mercedem accepisset totius illius temporis, tamen accipere debere, in eamque rem habere actionem ex locato. *L. sed addes*, 19. §. *ult. d. L. qui operas*, 38. in pr. *D. loc.* Et jam dixi eum, qui ad aliquid præstandum semel obligatus est, non posse ex pœnitentia renuntiare constitutæ obligationi. *L. sicut*; *C. de obl. et act.* Quod si rebus integris facere non potest, multo minus tum poterit, cum etiam ultro impleverit, quod promiserat.

XVII. Postremo etiam tunc accipienti res desinit esse integra, cum is dum se ad caussam implendam parat, comparavit ad eam rem res necessarias, et sumptus fecit, ut jam sine damno reddere datum non possit. Jam ante diximus eum qui quid accepit, ut faceret, propter fidem susceptam damno affici non debere. Ideo et quantum id erit, quod in hac re impendit, placuit tanto minus ab eo repeti posse. Qui locus explicatur pluribus in *d. L.* 5. in pr. et §. 1. *D. de cond. caus. dat.*

CAP. XXIV.

Repetitionem ob caussam dati ex obligatione esse: obligationem ex contractu, et ex genere earum quæ re contrahuntur. Hinc condictio ob caussam dati, caussa non secuta. Cui hæc detur: Adversus quem: Quid in eam veniat.

Rerum nexus atque ordo. I.
Repetitio dati ob caussam est ex obligatione. II. IV.
Exceptio duplex, et quæ. III.
Obligatio ex re, sive datione. V.
An etiam ex contractu. Quæstionis utilitas. VI.
Obligationem hanc ex contractu esse, non aliunde. VII. VIII. IX.
Contrariis occurritur. X. XI. XII.
Rerum summa, et collectio. XIII.
De condictione ob caussam eadem fere, quæ de condictione indebiti quæri solere; illinc ista petenda. XIV.
Unum dissimile; et quid illud. Dissimilitudinis caussa. XV.

I. His caussis exceptis manet repetitio ob caussam dati ea, quam supra posuimus, ut scilicet datum ob caussam non inhonestam possit repeti, sive caussa secuta non sit quovis modo, sive sit secuta contra voluntatem et pœnitentiam dantis. Repetitione constituta, deinceps videamus, qua ex caussa sit hæc quoque repetitio, quando jure nulla actio, nulla obligatio est, nisi ex certis et constitutis caussis, et hoc genus inter eas obligationes posuimus, quæ re contrahuntur: de quo ambigitur.

II. Nos vero de hac repetitione idem plane statuimus quod de repetione indebiti, et quidem certius: repetitionem ex obligatione esse, obligationem ex contractu esse, et ex genere earum, quæ re contrahuntur. Repetitio ob caussam dati similiter ut indebiti, non nascitur nobis jure dominii, ut qui dando, id est dominium transferendo in accipientem, desierimus esse domini (de quo satis in indebiti obligatione, qua obstringitur is qui datum accepit, ut reddat, caussa non secuta).

III. Duas species exceptas video, in quibus cum detur conditio adversus accipientem tanquam adversus obligatum, placet etiam danti utilem in rem actionem esse. Quam quidem jure dominii competere, nec dari adversus eum qui nobis obligatus sit, constat, §. 1. *Inst. de act.* Species hæ sunt; una, eum quis quid donavit ea lege, ut donatarius certa ei alimenta præberet, nec præbuit: de qua in *L.* 1. *C. de donat. quæ sub mod.* Altera, cum sponsus sponsæ, aut sponsa sponso quid donavit, et ejus qui accepit, culpa factum est, ne sequerentur nuptiæ. De quo in *L. cum veterum, C. de don. ante nupt.* Sed utrumque de rei vindicatione utili cautum singulari jure. Prius favore alimentorum; posterius pœnæ caussa ejus, qui fidem rupit in sponsalibus. Aliis in caussis ob rem dati repetendi caussa utilem istam actionem in rem dari non legimus.

IV. Ex quo sola relinquitur repetitio, quæ inducatur obligationis jure adversus eum, qui ad reddendum quod accepit, sit obligatus. Obligationem indicat condictio, quæ hujus dati nomine datur, quæ dicitur *condictio ob caussam datorum, seu condictio caussa data, caussa non secuta. L.* 1. 2. 3. Et in iscriptione. *C. de cond. ob cau.* Toto Titulo *D. de cond. caus. dat.* Condictio est actio in personam. Omnis autem in personam actio adversus eum, qui est nobis obligatus. *L. actionum, D. de obl. et act.*

V. Quod si hic obligatio est: ex re est omnino, non ex consensu solo, similiter ut indebiti: de qua in §. *is quoque, Inst. quib. mod. re contr. obl.* ideo enim dati repetitio et obligatio dicitur, ut intelligatur nisi de eo quod datum est, obligationem non esse. Quod tum magis intelligitur, cum dicitur obligatio esse ut reddatur ob caussam datum: quam ad rem repetitio dati competit. Nunquam enim restitutio aut repetitio esse potest, nisi ejus quod prius acceptum fuerit; nec acceptum, nisi quod prius datum erat. Definivimus autem toties obligationem ex se nasci, quoties res tradita initium obligationi præbet. Ac de his non magis dubitari potest, aut solet, quam in repetitione indebiti.

VI. Communis dubitatio est, an sit hæc quoque obligatio ex contractu, necne. Quam utiliter vel potius necessario id quæratur, ex rationibus subjectis apparebit. Nunc hoc agamus, sitne ex contractu, an secus.

VII. Nos vero certius dixerimus ex contractu esse, quam repetitionem indebiti. cum adjectio caussæ propemodum aperte hoc efficere videatur, ut, caussa non secuta, sit

repetitio. Et ita res habet, eodemque et communi argumento efficitur. Omnis obligatio quæ petitionem parit, si est ex conventione, est ex contractu. Est enim contractus, conventio jure ad obligationem comprobata, ut supra definivimus. Obligatio autem ob caussam dati, ut certo jure repetitionem habet, ita est et ex conventione dantis et accipientis. Est igitur ex contractu. Ex conventione esse, certis rationibus et auctoritate veterum confirmatur. Argumenta hæc sunt. Nunquam numeratio aut traditio alicujus rei accipientem obligat, nisi hoc ipsum agitur, ut confestim obligetur. *L. non omnis, D. si cert. pet.* At numeratione et traditione ejus, quod datur ob caussam, obligatur is qui accepit, ut reddat si caussa secuta non sit; de quo convenit. Quare et hoc ipsum inter dantem accipientemque agi intelligitur. Agi autem inter aliquos nihil aliud est, quam convenire tacite inter aliquos, ut quid fiat; et quod ita agitur, pro cauto habendum est. *L. 3. D. si cert. pet.* Est igitur hæc obligatio ex conventione: proinde ex contractu.

VIII. Ejusdem rei argumentum hoc est: cum pater aut estraneus dat dotem sponso pro muliere, in quem casum non pepigit sibi dotem reddi vel non secutis nuptiis, vel soluto matrimonio, in eum casum dotis actionem non habet, sed mulier. *L. si non dotem*, 22. in pr. *D. sol. matr.* At qui ita dotem dedit simpliciter, is ad dotem repetendam actionem habet, non secutis nuptiis, tantum ideo, quia dos ob caussam data est, ut nuptiæ sequerentur. *L. si extraneus, D. de cond. caus. dat.* Proinde in eum quoque casum pepigisse intelligitur, ut sibi redderetur nuptiis non secutis, id est caussa non secuta. Atque hæ rationes satis ostendunt quod ante attigi, quam sit non dico utile, sed necesse ad rationem juris intelligi obligationem ob caussam dati reddendi ex conventione esse et contractu: postquam nisi hoc statuimus, obligatio hoc nulla futura est, quam tamen esse volumus; aut si erit aliqua, saltem in ea specie, quam modo retulimus, necesse erit repetitionem mulieri dari, non extraneo, qui dotem dedit.

IX. Postremo si auctoritas veterum quæritur, hæc sententia prope diserte ab his expressa est. Ulpianus in *d. L. si extraneus, de cond. caus. dat.* scribit eum, qui sponso dotem dedit pro muliere ante nuptias, id est ob caussam ut nuptiæ sequerentur, verisimile esse sibi prospexisse in eum casum, quo nuptiæ secutæ non essent. Prospicere sibi in re aliqua cum alio gerenda est, utiliter convenire, ut quid fiat, unde scilicet paciscenti sit actio. Quod fit vel stipulatione vel pacto in traditione rei nostræ interposito. *L. divisionis. L. in traditionibus, D. de pact.* Sic dicitur actor in transactione sibi stipulatione prospexisse: in *L. cum proponas inter, C. de transact.* Sic donator donasse certa lege, et huic rei stipulatione vel in continenti habito pacto prospexisse in *L. cum res, C. de donat.* Et vis verbi indicat, *prospicere* sibi idem esse, quod sibi cavere. Cavere autem nobis similiter dicimur conventione utili cavere. *L. 3. in pr. D. de transact.* Paulus in L. *senatus*, §. 1. *D. de mort. caus. donat.* scribit quod datur caussa mortis, ob rem et caussam futuram dari; eum autem qui donat, quatenus se cogitat, id est quatenus se habere mavult quam donatarium, eatenus negotium gerere, et ex hoc negotio gesto esse condictionem ob caussam dati, caussa non secuta. Dixi supra cum de obligatione indebiti agerem, negotium geri inter aliquos in usu juris dici, cum aliquid tibi do vel facio hac lege et conventione, ut vicissim quid des aut facias. *L. solent, D. de præscr. verb.* Est igitur repetitio ob caussam dati istorum sententia ex conventione et negotio gesto, et breviter ex contractu, ubi conventio comprobatur lege ad obligationem. Huc accedit collocatio hujus condictionis, quam in *D.* et *C.* relatam videmus inter eos contractus qui re perficiuntur, ut condictionem indebiti.

X. Sed utcumque ita senserint veteres plerique, merito tamen quæritur, an recte ita senserint. Quæritur enim, ubi sit illa conventio, quæ nusquam hic apparet. Et vero duo sunt, quæ videantur hic conventionem eoque et contractum removere. Primum verba negotii gesti. Cum enim do tibi ob caussam, ut des aut facias, puta do Stichum, ut Pamphilum des, ut manumittas, in hoc negotio duæ sunt partes; una qua tibi do: altera, qua convenit, ut des aut facias. Qua parte tibi do, nihil minus convenit, quam ut reddas quod accepisti. Do enim, ut res tua fiat: si quidem dare est dominium transferre. *§. sic itaque Inst. de act.* Porro quod cujusque esse cœpit, sine facto ejus ad alium transire non potest. *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.* Rursum qua parte convenit, ut dares aut faceres, aperte in eo nihil convenit de eo, quod datum est, multoque minus de eo reddendo. Aliud est enim quod dedi, aliud de quo convenit, ut dare aut facere deberes. Proinde hæc conventio addita non ideo repetitionem dati inducit. Ejusque rei argumentum est, in emptione. Nam cum

emptori fundum venditum trado, do ob caussam, ut mihi pretium det. *L. naturalis.* §. 1. *D. de præscr. verb.* et tamen si non det pretium, non ideo mihi competit dati repetitio. *L. si non donationis, C. de act. empt.* Quæ tamen mihi competeret, si hoc convenisset. *L. sed Celsus*, 6. §. 1. *D. de contrah. empt.* Sed et illud videtur conventioni adversari, quod veteres tradiderunt hanc repetitionem esse ex æquo et bono. *L. in summa*, 65. §. *quod ob rem*, *D. de cond. ind.* Nam si hæc obligatio ex contractu est, quid necesse erat hac caussa communi et nota amissa, aliam et novam dicere?

XI. De quibus dicam paucis, quia sunt hæc fere cum indebiti repetitione communia. Et de verbis fatendum est, cum do tibi, ut des quid, aut facias, in verbis nullam inesse conventionem ejusmodi, ut datum reddas, caussa non secuta, non magis quam in eo quod ab errante solvitur. Sed cessantibus verbis extra id quod principaliter et aperte agitur, inest hic quoque ut in indebito soluto tacita conventio ex sententia contrahentium, ut datum ob caussam reddatur, caussa non secuta. Intellecta est autem sententia ex sensu communi eorum, qui ob caussam aliquid dant, vel accipiunt: quorum fere ea mens est, ut caussam adjectam pro temperamento, seu pro conditione dati haberi velint. Sic enim dicunt: do, sed hoc pacto, hac lege et velut conditione, ut illud aut illud facias. Ut proinde videantur ita dedisse ut datum maneret sub conditione, si caussa secuta esset, ob quam dederint. Unde dictum, modum in testamentis qui nihil nisi caussa est, ob quam quid legatur, pro conditione esse. *L. 1. C. de his quæ sub mod.* Neque hæc solum sententia in testamentis recepta est: sed et in contractibus. Unde factum, ut caussa in hoc genere passim appelletur conditio, ut initio hujus generis datorum ostendimus. *L. 3. L. si repetendi, C. de cond. ob caus. dat.* Quod si ob caussam datum intelligitur tacite dari sub conditione, ut maneat, si caussa sequatur: necesse est ex contrario eventu contrariam conventionem intelligi, ut si caussa non sit secuta, placeat nec datum videri, seu non ita datum, ut maneat. Vis hæc est et sententia adjectæ conditionis. *L. quibus* 40. §. 2. *D. de cond. et dem.* Sed hæc interpretatio, ut dixi, ex sententia tantum est, et conjectura voluntatis, ducta ex iis, quæ homines caussam et legem traditioni adjicientes cogitare solent. Unde Ulpianus *d. L. si extraneus, de cond. caus. dat.* non dicit eum, qui dotem dedit, sibi prospexisse in eum casum, quo nuptiæ secutæ non essent: sed *verisimile* esse sibi prospexisse. Signi conventionem hanc in conjectura voluntatis positam esse, non in expressione aut significatione ipsa verborum. Et ideo huic conjecturæ in re dubia locus est: in voluntate certa minime. Quæ caussa est, cur in emptione et similibus contractibus contractibus, in quibus qui dedit ob caussam, prius obligatus erat ad dandum, placeat eum quod dedit, repetere non posse. Quippe aperte id actum est, ne repeteret. Nam qui prius se obligavit ad dandum, multo magis se obstrinxit ad non repetendum, si forte ad id sponte dandum processisset, ut supra diximus in caussis inhibendæ repetitionis. Hæc de verbis.

XII. Quod attinet ad illud, quod dicitur hæc repetitio esse ex æquo et bono, *d. L. in summa*, §. *quod ob rem*, *de cond. ind.* Idem plane de eo, quo de condictione indebiti responsum volumus. Repetitio ob caussam dati ex conventione est et negotio gesto, ut ostendimus. Sed ex conventione tacita. Quam ob caussam etiam dicitur ex æquo et bono esse, quia hæc ipsa conventio cum verbis non insit, sed accipiatur præter significationem omnem verborum tantum ex contrahentium sententia, benignitate interpretationis fit, id est ex æquo et bono, ut admittatur. Quod cujusmodi esset, pluribus exposuimus in condictione indebiti. Neque vero quia hæc conventio est tacita, eo minus ad obligationem et actionem prodesse debet. Nam ut ibidem quoque diximus, non minus conventiones tacitæ valent, quam verbis expressæ. *L. 4. D. de pact.* Semperque quod agitur, etiam si tacite agitur, pro cauto habendum est. *L. 3. D. si cert. pet.*

XIII. Quæ si ita sunt, apparet a nobis initio recte positum esse, obligationem ad datum ob caussam repetendum similiter ut repetitionem indebiti ex earum genere esse, quæ nascuntur ex contractu: et in his ex earum numero, quæ re contrahuntur. Verumtamen ita ex contractu, ut cum hic obligatio sit ex conventione, sit tamen ex conventione, quæ verbis nec exprimatur, nec includatur, ut in mutuo, deposito, commodato, et similibus, sed præter omnem significationem verborum colligatur ex sententia contrahentium per contrarium ducta, idque benignitate interpretationis, seu æquo et bono hanc significationem suggerente.

XIV. Hinc condictio ob caussam dati caussa non secuta. Quæ; Cui detur; Adversus quem; Quid petat, quam paucissimis absolvam. Sic enim statuemus omnia hic fere de his similia esse, quæ in condictione

ndebiti. Datur ei qui dedit ob caussam; ejusque heredibus; ut ceteræ actiones in personam. *L. 2. L. 3. C. de cond. ob caus.* Datur adversus eum, qui accepit, ut et similes. De quibus in *L. his solis*, 59. *D. de cond. ind. L. cum qui. L. non adversus*, *C. si cert. pet.* Pariterque in eam actionem veniunt non solum res principaliter debita eadem, quæ in indebito soluto, puta aut pecunia data, aut quæ pro data habetur, ut decemacceptolata. *L. 4. L. si mulier*, *D. de condict. caus. dat.* Aut obligatio emissa. *L. 4. C. eod L. 1. D. de cond. si caus.* Sed et ejus rei accessiones ex eadem regula æquitatis. Quod declaratur in *L. qui se debere*, 7. §. *ult. L. cum quis*, 12. *D. de cond. cau. dat.*

XV. Unum dissimile est, quod et in condictione indebiti attigimus, et hic prætermittendum non fuit, positum in persona ejus, qui dedit ob caussam. Nam indebitum si quis solverit alterius nomine et mandatu, condictio indebiti non solventi datur, sed domino, cujus nomine solutum est. *L. indebitum*, 47. *D. de cond. ind.* Aliud servatur in his quæ ob futuram caussam data sunt. Si quis enim quid dederit ob caussam alterius nomine et jussu, puta dotem jussu mulieris, ut scilicet nuptiæ sequantur, et nuptiæ secutæ non sint, placet hic condictionem non competere mulieri, cujus nomine dos data est, sed ei qui dedit, nisi mulieri donatum voluerit, *d. L. qui se debere*, in pr. *L. si donaturus*, 9. *D. de cond. caus. dat.* Differentiæ ratio hæc est, quod qui alterius nomine solvit, ita simpliciter solvit, ut nullo casu sibi velit esse repetitionem. Qui autem alterius nomine ob caussam dat, ideo caussam adjicit, ut velit hanc sequi, atque hac non secuta nec alterius nomine dare intelligatur. Cui consequens est, ut soli danti competat condictio, quasi qui in hunc casum suo nomine dans sibi prospicere voluerit.

C A P. XXV.

De repetitione ob turpem caussam datorum.

Quid dissimile repetitioni datorum ob turpem caussam cum repetitione datorum ob caussam honestam. I.
Repetitio ex genere turpium unde æstimetur. II.
Cessat, quotiescunque solius dantis, aut utriusque versatur turpitudo. III.
Etiam caussa non secuta; et quare. IV.
Turpitudo dantis in eo quod quis det ut turpe aliquid fiat. Et quæ id genus turpia. V.
An ejus caussa turpis, qui judici dedit, ut æquum secundum se judicaret. V. VI.
An et illius, qui in maleficio deprehensus dedit, ut se redimeret aut ne proderetur. VII.
Contrariis occurritur. VIII. VI.
In maleficio deprehensus solam habet actionem: quod metus caussa ad dati repetitionem. Quid hoc intersit. IX.
Cum solius accipientis in re turpitudo versatur, competit repetitio; et quare. X.
Hujus turpitudo in quo posita. XI.
An et in eo quod quis accipit furis judicandi caussa. XII.
Obligatio datorum sive ob turpem, sive honestam caussam; et obligationis origo eadem. XIII.
Caussæ tractatio in qua utriusque turpitudo versatur, quare prætermissa. Quid de scorto, ejusque turpitudine. XIV.

I. Ac de repetitione eorum, quæ ob caussam futuram non inhonestam data sunt, satis. Habent et ea quæ ob (1) turpem caussam data sunt, suam repetitionem: sed condictione longa dissimili. Nam in prioribus pendet repetitio ex eo, an caussa secuta sit, necne: unde evenit, ut eadem species admittere possit repetitionem et repudiare. Quoniam caussa sequi potest, et non sequi. Nihil ejusmodi in iis quæ ob turpem caussam dantur. In quibus ita jus est, ut si quibus in caussis in alterum casum semel repetitio non est, in his non sit in totum, sive caussa secuta sit, sive non sit. Contra in quibus semel repetitio admitti cœpit, quia forte caussa secuta non est: in his in totum sit repetitio, sive caussa secuta non sit, sive sit secuta.

II. Pendet repetitio ex hoc genere ex turpitudine personarum dantis aut accipientis. In quo hæc brevis summa et distinctio juris

(1) Vid. de hac condictione Duar. ad *h. t. D. et C.* Covar. in *C. peccatum de li. 1. in 6. P. 1. Relect.* §. 2. et 3.

est, ut si dantis turpitudo versetur, nunquam sit repetitio: si accipientis, semper. Utrumque quale sit, videamus.

III. Hoc igitur primum dicimus ita jus esse, si (2) dantis turpitudo sit caussa, cessare dati repetitionem. Si dantis (3) solius, nulla dubitatio. *L. 4. §. si meretrici, D. de cond. caus. dat.* Sed etsi dantis (4) simul et accipientis turpitudo versetur, idem juris est. *L. 3. D. eod. L. mercalem, C. eod.* Neque hic quidquam actori proderit accipientis turpitudo: ut dicatur et ipsum dolo facere, qui velit rem maleficio partam sibi retinere. Nam cum (5) par sit turpitudo in actore, fit hic locus regulæ juris, qua placet in pari caussa potiorem esse possessorem. *L. pen. D. de cond. ob turp. caus. L. 2. C. eod. L. in pari, D. de reg. jur.* Generaliter autem dictum est hoc casu repetitionem cessare: ut intelligamus cessare omni modo, sive caussa secuta sit, sive non sit. Ut puta, dedi judici pecuniam, ut male judicaret. Non repetam omnino, sive fecit, quod volui, id est male judicavit: sive contra, quia aut non judicavit omnino, aut bene judicavit.

IV. Et quidem hoc casu extra controversiam est, quod dicitur caussa secuta repetitionem turpiter dati non esse. Est enim ex regula communi ob caussam datorum, qua placet etiam quod honeste datum est, caussa secuta repeti non posse. *L. 1. D. de cond. caus. dat.* ut minus mirum sit idem jus adversus eum qui turpiter dedit, servari. At illud contra regulam communem, ut videtur, quod placet etiam caussa non secuta cessare turpiter dati repetitionem. Sic enim regula est, quod ob caussam datum est, caussa non secuta repeti posse. *L. si militem, C. de cond. ob caus.* Ideo merito quæritur, cur hic non idem servemus. Cujus rei duplex caussa est, primum quia est etiam ex jure communi datorum ob caussam id statui. Non enim simpliciter dictum est, quod ob caussam datum est, caussa non secuta repeti posse: sed si quid datum est ob caussam non impossibilem. Si ob impossibilem, contra esse. *L. dictam, C. de cond. ob caus.* Atqui hujusmodi caussa est ea, quæ est turpis: quandoquidem ut in superiore condictione diximus, quæ factu turpia sunt, et contra bonos mores, ea nec nos facere posse credendum est. *L. filius, D. de cond. inst.* Tum autem hoc æquitas suadet, et utilitas publica, ut si is qui accepit, ut turpiter quid faceret, caussa secuta datum non reddit: multo minus reddere debeat, cum illud non admisit. Laudandus est enim potius, quod a maleficio temperavit, et tanto magis præmio dignus. *L. reprehendenda, C. de inst. et substitut.*

V. Videndum, quando dantis turpitudo versetur. Sic definiemus, tunc dantis turpem caussam esse, quoties dedit, ut turpe aliquid fieret. Veluti si dederit, ut fieret furtum, lenocinium, si mulieri ob stuprum, si judici ut male judicaret. *L. 3. L. 4. in pr. D. de cond. ob turp. caus. L. mercalem, C. eod.* Turpe hoc ita dari, primum quia facere videtur, quæ fieri mandat. *L. 1. §. ait. vers. dejecisse, D. unde vi.* Deinde quia omnis est conventio et datio turpis, ac contra bonos mores, quæ præmio proposito invitat ad delinquendum. *L. illud. D. de pact. dot.* Ac quæ turpiter ita dentur, cæteris in factis non est obscurum. Duæ species factorum hic occurrunt, quæ justam dubitationem habent, an ad superiorem definitionem pertineant; ut etiam in his quanvis caussa non secuta cesset dati repetitio. De quibus ideo amplius nobis cognoscendum est. Una species est hæc, si dedi judici, ut secundum me in bona caussa judicaret. In qua specie prima fronte dici potest, nullam turpitudinem dantis versari, eoque et caussa non secuta repetitioni locum esse. Quid enim facit turpe, qui id agit, ut secundum se in bona caussa judicetur? quod fieri non modo turpe non est, sed est etiam honestum, et tale quod jus etiam a judice exigat. *Inst. de off. jud.* in pr.

VI. Sed et videri potest Ulpianus concedere in hac specie dati repetitionem in (6)

(2) Turpitudinem turpem caussam trium generum statuit Duar. *h. t. C.* 1. accipientis tantum, utriusque dantis tantum.

(3) Quod 3. genus turpitudinis facit Duar. *h. t. C.* 4.

(4) Quod a Duareno statuitur. 2. genus turpitudinis *h. t. C.* 3.

(5) Atqui res lusu perditæ repeti possunt intra 50 annos *L. ult. C. de aleat.* Mozz. *de Cand. indeb. C.* 6. *n.* 4. ubi itidem turpitudo utriusque vertitur, licet non datum sit ob caussam futuram. Valet tamen consuetudo, quia ludo vincens ad restitutionem non tenetur, maxime si ludi genus non sit omni jure prohibitum et dolus absit. Tueri enim videtur ludum æqua lusorum conditio et dubius victoriæ eventus, arg. *L.* 1. *C. de pact* Cors. 3. *Indagat.* 11 Quin nec in foro animi ad restitutionem teneri vult. Io. Gutherez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 53. *n.* 2. fuse et pulchre de ludis licitis et illicitis Andr. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 25. add. Io. Bapt. Pius *Annot. poster. C.* 72.

(6) Menoch. *Arb. Cu.* 343. *n.* 7. forte in *d. L.* 2. deesse negationem ut legatur *locum non esse*, quia alias verba, *sed hic etc.* non aperte adversarentur prioribus. Sed recte noster, et facit vocula *quidem* IC quamvis

L. 2. in fin. *D. de cond. ob turp. caus.* Ubi is scribit relatum esse, puta apud quosdam scriptores, in hac specie condictioni locum esse; neque id aperte negat postea, ut videatur in eadem sententia manere. Sed non alius locus proferri potuit apertior, quo probetur, et hic dantis turpitudinem versari, et simul cessare repetitionem, quam superior ille Ulpiani. Sic enim verba sunt: *Sed si dedi, ut secundum me in bona caussa judex pronuntiaret, est quidem relatum, condictioni locum esse. Sed hic quoque crimen contrahit: judicem enim corrumpere videtur. Et non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.* Multa sunt argumenta in hac oratione, quæ evidenter ostendunt priorem sententiam improbari, et hic quoque denegari repetitionem. Primum expendendum, in his verbis, sed hic quoque, esse adversativam orationem, subjecta hac particula *sed*. Adversativæ urationis vis et significatio hæc est, ut semper tollat, quod præcessit: nam alioqui præcedentibus subserviret, non adversaretur. Jam illud, quod de re dicit Ulpianus, quale est? *Sed hic quoque*, inquit, *crimen contrahit*. Potuitne apertius dicere hunc turpiter dare, seu ejus turpitudinem in hac datione versari, quam cum dicit, eum dando etiam crimen contrahere? At quale crimen? Id nimirum, cujus gravitatem arguit ex ea pœna, quæ huic facto indicta est ab Imperatore Alexandro. Is enim constituit, eum qui id fecisset, litem perdere. Grave igitur id delictum judicatum esse apparet, cui hæc pœna infligitur, ut qui admisit, etiam in bona caussa litis damno afficiatur: qua pœna in re pecuniaria nulla major reperiri potest. Hoc vero posito, etiam ejus turpem caussam esse, qui dedit judici, ut secundum se in bona caussa pronuntiaretur, factum incipit ad regulam communem juris pertinere, qua efficitur, ut cum dantis turpitudo versatur, cesset repetitio. *L.* 4. §. *sed quod*, *D. de cond. ob turp. caus.* Idque est quod, adversativa oratione subjecta, significare voluit Ulpianus, dum id mutat quod prius dictum erat, condictioni locum esse. Atenim non aperte dicit Ulpianus, in hac specie cessare repetitionem. Sane conceptis verbis id non exprimit: sed quid refert si aliis verbis non minus aperte id significat? Is adversativa oratione mutat, quod prius retulerat. Negat igitur prius illud, repetitioni locum esse. Deinde delictum dantis in hac specie statuit. Satis est caussam denegandæ repetitionis posuisse, ut ex caussa effectum colligamus, nempe repetitionis denegationem. Sed quid turpe facit, qui judici dedit, ut secundum se in bona caussa judicetur? Respondet Ulpianus, *judicem corrumpere videtur*. Et recte. Judicem enim sibi obstringit, ut secundum se judicet, sive bona caussa sit, sive mala, ne is contra judicando aut pecuniam reddere cogatur, aut pecuniam retinens vanus habeatur secus judicans, quam erat pollicitus. Tum autem cur si litigatoris bona caussa est, non potius judici permittitur libera potestas de eo statuendi, quam illi objicitur munus judicandi caussa? quod non alio potest spectare, quam ut judex corrumpatur, ut quanvis caussa mala sit, tamen velit in ea litigatori gratificari. Nihil ad rem pertinet, quod litigator caussam suam bonam esse dicit. Fieri enim potest ut mentiatur, et ita mentiendo honestum nomen et latebram quæsierit improbitati, et corruptioni suæ. Et cur ei in re sua fides habeatur.

VII. Altera species eandem dubitationem recipit, non quia ignoretur quid de ea veteres senserint, sed quia hoc dubitetur,

aliqui velint hic condictionem dari; tamen tantum id abest; ut etiam caussa perdatur. Covar. *in C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 3. *n.* 1. tunc cum perditur caussa simul negari condictionem, ut si quis dederit ut secundum se sententiam ferat, qui forte secundum conscientiam et judicii dictamen aliud pronunciaturus. Quod si detur ut celerius caussa expediatur, crimen corruptionis non committi, et nec caussam perdi, nec condictionem negari: et Menoch. *d. lo. n.* 8. *per C. sane* 14. *Q.* 5. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 37. *n.* 34. *et seqq.* sententiam judicis, pretio accepto, sive ut injuste sive simpliciter ut judicet, semper nullam esse; utpote a corrupto prolatam, cum gratis debeat officium impertiri. Indistincte quoque perdi caussam, tametsi si detur ut juste judicet, condictio sit *d. L.* 2. §. 1. Et ita Vasquetius putat v. *sed hic*, priora non corrigere, (uti et Duar. *h. t. C.* 3.) quia, inquit, caussa dandi est honesta, tametsi receptio sit inhonesta et ita turpitudo ex parte accipientis. Ipsa quoque datio inhonesta ac res mali exempli. Ideo caussæ amissione punitur, non autem ejus quod datum est. Sed non recte distingui puto dationem et caussam dandi, quia omnis delicti caussa turpis in faciente. Si vero dederit pergit Vasquezius corrumpendi gratia, datum non condici, sed a fisco auferri *L. Lucius* 9. *de I. fisci.* Itemque non condici simpliciter datum, non expresso eo ut secundum se judicetur *L.* 1. *C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Quid juris in teste qui pecuniam accepit, Vasq. *d. C.* 37. *et seqq.* Menoch. *Cas.* 310.

quam recte senserint, putaverintque ad superiorem definitionem pertinere. Ea est, cum quis in maleficio, puta furto, aut adulterio deprehensus, pecuniam dedit ut se redimeret, neve prodatur. In hac quidem specie constans veterum sententia est, etiam dantis turpitudinem versari, ac proinde cessare repetitionem *L. 4.* in pr. et *§. 1. D. de cond. ob turp. caus.*

VIII. Sed hoc quæritur, quam statuatur recte. Non pauca enim sunt, quæ videantur efficere, nihil turpe facere eum, qui det ne prodatur, eoque si prodatur, non juste ei repetitionem denegari. In quo argumenta hæc sunt tria. Primum constat nihil turpe facere eum, qui vitam et sanguinem suum quoquo modo servare voluit: et ut Cicero loquitur in oratione pro Milone, *adversus vim et insidias omnis est honesta ratio expediendæ salutis.* At qui deprehensus dedit, ne proderetur, vitam et salutem suam servare voluit, id metuens, ne occideretur, aut turpiter verberaretur, quanvis injuria. Nihil igitur is turpe facere videtur, qui ad hoc periculum vitandum et vitam suam servandam aliquid dedit. Secundum argumentum esto, quod traditur in *L. 1. D.* de bon. eor. qui ante sent. *ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.* Ignoscatur igitur et isti in hac specie, ut si prodatur, sit repetitio, ne delusus pecuniam amittat. Postremo sic recte definimus, eum turpiter dare, qui dando invitat alium ad delinquendum, nec alium dicendum esse dare turpiter. At eum dat quis deprehensus, ne prodatur, non invitat accipientem ad aliquod delictum admittendum. Non enim turpe est aut contra jus aliquem non prodere. Argumento est jus constitutum, quo placet neminem agere, aut alium accusare cogi. *C. ut nem. invit. ager. vel accus. cog.* Quæ diluenda sunt. Ac primum quod dicitur omnem rationem honestam esse expediendæ salutis, sic intelligendum est, dum ne modus ipse expediendi delictum in se habeat. Ut puta adversus vim et insidias omnis justa defensio est, qua vim propulses, ac de hac defensione loquitur Cicero. At dare pecuniam ne prodaris deprehensus in maleficio, id vero delictum in se habet: atque hinc dantis turpitudo: de quo mox. Quod autem dicitur ignoscendum esse ei, qui quanvis adversarium corrumpat, qualiter qualiter sanguinem suum redemptum voluit: vel ipsum *ignoscendi* verbum satis declarat, delinquere eum qui id faciat quantumvis faciat sanguinis sui redimendi caussa. Ignoscere enim est veniam dare. Hæc datur delinquentibus: qui non deliquerunt, venia non indigent. Postremo quod dicitur ejus demum dantis turpem esse caussam, qui dat, ut turpe aliquid admittatur, verissime puto dici. Quod autem assumitur, nihil turpe admittere eum, qui accipit, ne maleficium prodat: verum non est. Non est quidem per se turpe maleficium non prodere, ubi pro tua libertate id facias. At hoc turpe est pecuniam ea gratia accipere, ubi fidem tuam interponas, ac veluti te obliges, ne prodas. Turpitudo in eo, quod eo facto data opera utilitas publica oppugnatur. Nam eum ad eam pertinere existimetur, delicta nocentium publice nota esse, ne sint impunita: *L. eum qui*, 18. *D. de injur. L. ita vulneratus*, 51. circa fin. *D. ad leg. Aquil.* Aperte adversus eam se comparat, qui pretio maleficii silentium pollicetur: proinde et qui redimit.

IX. Monendi tamen sumus, etsi is, qui in furto aut adulterio deprehensus dedit, ut se redimeret, condictionem datorum non habet, habere tamen eo nomine actionem, (7) *Quod metus caussa;* quoniam metuerit mortem aut vincula, qui quanvis non semper occidi possit, potuerit tamen injuria. Hoc in *L. nec timorem. 7. D. quod met. caus.* Ergo, dicet aliquis, otiosum est adhuc denegare condictionem ob caussam dati caussa non secuta. Quid enim refert, quam actionem habeat ad datum repetendum is, qui dedit, dummodo aliquam habeat. Minime vero id moneri est otiosum. Non enim qui deprehensi in maleficio, dant ne prodantur, semper habent actionem quod metus caussa. Quid enim si deprehensi sint ab infirmo, aut adolescentulo, aut mulierenla, cujus vim metuere non potuerunt? quid si deprehensi evaserint, deinde post, cum essent extra periculum præsens, dederunt ei qui deprehenderat, ne proderet? quibus casibus cum

(7) Ant. Fab. *ad d. L.* 7. Condictiones, ait, sunt juris civilis, et ob id durioribus legibus adstringuntur. Actio quod metus caussa a Prætore proposita nititur ratione æquitatis, non quia Prætor minus exosam habeat turpitudinem, sed quia deprehensus turpiter fecit quidem, quod fur fuit, non tamen quod dedit pecuniam. Et improbatum morem extorquendi ibi spectat Prætor, non caussam dandi, Math. Klok. *ad L. transire P.* 2. *C.* 2. *pag.* 39. Duar. *ad Tit. D. Quod met. ca.* Resp. in *d. L.* 7. dari metu mortis, ne interficiatur, in *L.* 4. *pr. h. t.* ne caussa adulterii detegatur, quod ad infamiam pertinet.

præsens periculi metus non fuerit, certum est cessare quod metus caussa actionem. *L. metum*, 9. in pr. *D. quod.met. caus.* Hic vero utile erit cum actionem quod metus caussa his ademerimus, sciri etiam denegari repetitionem ob caussam dati caussa non secuta; ut intelligamus nullam omnino his casibus esse repetitionem.

X. Hæc de eo genere ob turpem caussam dati, in quo dantis turpitudo versatur. Quod si accipientis (8) solius turpis caussa fuerit, hic jus de repetitione in contrarium vertitur. Placet enim omnimodo, id est etiam si caussa secuta sit, datum repeti posse. *L.* 1. in fin. *D. de cond. ob turp. caus.* Ut puta; dedi tibi, ne mihi quid eriperes. Repetam a te sine dubio, si eripueris; quia caussa secuta non est, ob quam pecunia data erat. Id enim fieret, etsi ob caussam non inhonestam tibi dedissem, ubi tamen nulla turpitudo tibi obstaret. Sed dicimus amplius, etsi nihil eripueris, ut conveneral, atque ita legi dictæ parueris, nihilominus fore dati repetitionem. Quod cur hoc casu placet, merito quæritur. Primum quia est præter regulam communem de repetitione ob caussam datorum, qua traditur ob caussam datum caussa recte secuta repeti non posse. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Deinde quia quoties solius accipientis turpis caussa est, ita reperietur quisquis ita accipit, cum caussam implendo ob quam pecunia data erat, non turpiter, sed maxime honeste facere. Et dandæ etiam hoc casu repetitionis ratio hæc est, quæ rem ad communem regulam revocat, quod qui in hac specie caussam implevit, implesse non videtur. Id ita interpretari cogit dolus et delictum accipientis. Alioqui et dolus suus prosit cum certissima injuria dantis. Quod tum certo intelligetur, cum dixerimus quando hujus solius turpitudo versetur. Sic autem juris et æquitatis ratio dictat, nulli malitiam suam debere esse lucrosam. *L.* 1. *D. de dol.* Item, neminem ex suo delicto meliorem conditionem suam facere posse. *L. non fraudatur*. §. 1. *D. de reg. jur.* Quod eam significationem habet, ut nulli debeat prodesse, neque ad actionem quod certum est. *L. si quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl. L. dolo C. de inut. stip.* neque ad retentionem, ut in specie proposita. At enim qui in hoc genere conditioni paret, temperat ab injuria et maleficio, ut mox dicemus. Hoc autem facere non est turpe, sed laudandum potius. Sane quatenus temperat postea, hoc ipsum non est turpe. Sed in eo est injuria, quod accipit, ut abstineat. Est enim certissimum genus injuriæ ac veluti concussionis cogere aliquem ad dandum, ut facias quod jure illi cogaris tua sponte et gratis præstare. In eo etiam detegitur turpitudo accipientis, quod accipiendo ut ab injuria temperet, declarat si non accepisset, non fuisse temperaturum.

XI. Jam quando accipientis turpitudo versetur, dicamus: ex quo etiam, et ubi in hoc genere datorum sit repetitio, et quam superiora vera sint de caussa hujus repetitionis constituendæ; simul intelligetur. Et accipientis solius turpitudo est, cum turpiter aut injuste aliquid facturo datur, ne faciat: seu cum datur, ut a maleficio et injuria abstineat. Turpiter autem et contra jus fieri quid intelligitur dupliciter: vel si fiat, quod jure prohibetur: vel si non fiat, quod ut fiat, jus exigit. Ita etiam totidem modis accidit, ut quis solus turpiter accepisse videatur, nempe duobus. Uno, si dem ne faciat, quod satis per se jure ipso facere prohibebatur. Veluti, si dem, ne mihi injuriam faciat, prædoni ne mihi res meas eripiat; si dem ne furtum, ne sacrilegium faciat, ne hominem occidat. Quæ sunt exempla *L.* 4. §. 1. *L.* 2. in princip. *D. de condit. ob turp. caus.* Cujusmodi etiam exemplum hoc est in *L. quod eritandi*, *Cod. eod.* si centurione aut præfecto militum exigente a milite munia tyronis contra dignitatem et prærogativam militum, miles pecuniam illi dederit, ut evitaret tyrocinium, idest si dederit, ne ille indigna milite exigeret, quod jure militari facere prohibebatur. Altero modo eadem turpitudo versatur solius accipientis, si dem ut faciat quod eum per se facere jus cogit. Hic proponamus nobis omnes eos, qui nobis jure obligati sunt, ut aliquid præstent, reperiemus omnes in ea caussa haberi, ut si his dederimus, ut præstarent, sit dati repetitio, etiam si præstiterint quod debebant, et ita caussa dandi sit secuta. Ut puta res commodata, deposita, locata a me, vendita mihi a te aut mandata, item vi aut furto mihi ablata, omnes sunt ejusmodi ut eas obligationis jure mihi reddere debeas. In his omnibus veteres constanter definie-

(8) Quod Duareno *h. t. C.* 2. est primum genus turpitudinis. Solius accipientis turpitudinem verti in remissione partis debiti facta decoctori ut residuum solvat, ideoque condictionem hanc dari quidam volunt, vid. Benvenut. Straccha. *Tr. de Decoctorib. P.* 6. *n.* 1.

runt, si dederim tibi ut redderes, habere me dati repetitionem, quamvis reddideris. *L.* 2. illic *item si tibi. L.* 4. in fin. *L. ult. D. de condict. ob turp. caus. L. pen. L. ult. Cod. eod.* Non dubium, quin hæc ideo, quia in utraque specie judicarint solius accipientis turpitudinem versari. Turpitudinis autem caussam in eo esse, quod dederim, ut faceres, quod tua sponte facere (9) jure cogebaris. In quo inesse eam injuriam in me cogendo ad dandum, quam dixi, itemque et delicti cogitationem, nisi darem, jam facile ex istis definitionibus harum rerum apparet.

XII. Dixi turpitudinem illic esse, si quid facere cogeberis, et acceperis, ut faceres: quoniam etsi sit aliquid, quod fieri sit humanitatis, et si prætermittitur, non satis videatur ex officio honesti ac boni viri prætermitti; si quis tamen jure id facere non cogatur, nulla turpitudo est accipere, ut id facias: quia jure permittente acceperis. Et ideo placet, si acceperis, et feceris id propter quod acceperas, nullam eo nomine repetitionem esse. Exemplo est is, qui mihi fugitivum aut furem indicavit rerum mearum. Cui si quid (10) dederim ob hoc indicium, idest ut mihi indicaret, caussa secuta repetere non possim. *L.* 4. §. *ult. D. eod. L. solent, D. de præscr. verb.* Atqui indicare mihi hunc furem, ubi mihi prosis sine ullo incommodo tuo, et honestum est, et ex officio humanitatis, nec dissimile illi, si quis erranti monstret viam. Cur non igitur et hic intelligitur turpiter accipi, quod eo nomine accipitur? quia furem indicare nemo jure cogitur. Honeste indicatur: indicanti nulla jure necessitas est, juxta illam sententiam juris certi. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur, *C. ut nemo invit. ag. vel acc. cog.* Adeoque turpe non est eo nomine quid accipere, ut si convenerit, ut tibi darem, si indicasses, tuque indicaveris, ultro habiturus sis adversus me actionem, ut tibi dem. Quanto magis pecunia data ejus retentio futura est? *d. L. solent. de præscr. verb.*

XIII. His cognitis, jam de repetitione ob turpem caussam datorum, deque jure ejus repetitionis facile judicium est. Si dantis turpis caussa est, non est quaerendum de repetitione, quæ hic nulla est. Huic tunc solum locus est, cum accipientis solius turpitudo versatur. At hic de repetitione ex superioribus confectum est, non solum ut intelligatur, quæ sit hujus repetitionis caussa, sed etiam quæ hic obligatio, et quid contineat. Nam cum dixerimus repetitionem hic dari, caussa non secuta; cum autem secuta est, tamen jure fieri, ut pro non secuta habeatur: apparet repetitionem hujus partis ad regulam communem ob caussam datorum pertinere, qua efficitur ob caussam datum caussa non secuta repeti posse: proinde et in hac parte eandem obligationem, et eandem obligationis originem intelligi debere.

XIV. De turpitudine solum dantis, item de turpitudine solius accipientis huc usque diximus, et ad hos solos distinctionem de condictione ob turpem caussam datorum omnem initio retulimus. Nihil addimus de ea specie, in qua utriusque turpitudo simul versatur, dantis et accipientis, quia superioribus cognitis, supervacuum est et inutile, duabus de causis. Primum quia si dantis turpitudo versatur, quod quando accidat, satis supra diximus, simul etiam evenit, ut versetur turpitudo accipientis. Etenim si is turpiter facit, qui dat, ut maleficium fiat: multo facit turpius, qui accipit, ut idipsum perpetret. Neque hic excipimus quod meretrici datur ob fornicationem ut quidam veterum fecerunt, quorum sententia refertur in *L.* 4. §. *sed quod meretrici, D. de cond. ob turp. caus.* Quod enim dicunt, meretricem turpiter facere, quod sit meretrix: non turpiter accipere, cum sit meretrix: vereor, ut hoc posterius possit illis concedi. Cur enim turpiter facit meretrix, quod sit meretrix? nempe quia pudicitiam fœde prostituit. Quid autem facit, cum libidinis caussa accipit? Nempe et pudicitiam prostituit et simul ex ea turpitudine quæstum facit: ut jam in eo duplex turpitudo versetur, et (11) prostitutio sui, et sordes.

(9) Vid. *not. supra Lib.* 12. *C.* 20. *h. t. D.*

(10) Indiciom vocatur *d.* §. *ult. L.* 1. *de proxenet.* vid. Cujac. 11. *Obs.* 48. Fr. Pollet. *Lib.* 4. *Hist. fori C.* 2. *n.* 6. ibique in *Corolla.* Phil. Broidæ. An quis jure teneatur furem judicare, vid. Goth. *in not. d. L.* 4. §. *ult.* Negat jure Civili, sed jore Canonico aff. Jo. Koppen. *Q.* 8. *n.* 4.

(11) In quo Donellum laudat Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 9. et Marq. Freher 2. *Parer.* 14. scribit plane lenoniam esse Jurisconsulti in *d.* §. 4. rationem. Nullius enim rei turpis, ut Tertull. *de Habitu mulier.* merces est decora. Sed recte IC. Loqoitur enim non de honesta antea muliere, quæ datione nunc corrumpitur, seu cojus pudicitia pretio attentatur et expugnatur, sed de prostituta, infelicissima, ut vocat Tertullianus, victima publicarum libidinum, ubi utilitas et indignitas personæ facit ut acceptio nullam ei maculam adspergere videatur, Duar. *h. t. C.* 4. Quæ non accipit turpiter, non simpliciter, sed per suppositionem, ut Zas.

Sed et illud constat, quod supra diximus, omne factum turpe esse, quo quis ad delinquendum invitatur. *L. illud, D. de pact. dot.* Et quid agit libidinis merces in meretrice, nisi ut se danti prostituat? sine qua se non tam turpiter gereret. Invitatur igitur hoc turpi lucro, ut se prostituat. Ergo ut delinquat vel superiorum sententia, quando meretricem fatentur turpiter facere, quod se prostituat. Quod si ita est; etiam turpiter id lucrum accipitur, quo ipsa ad se prostituendum invitatur. Altera caussa est, cur posita turpitudine dantis, non sit laborandum, an simul turpis, quia ad conditionem ex eo æstimandam, de quo nunc quæritur, est plane inutile. Sive enim accipientis turpitudo accesserit, non eo minus denegabitur danti repetitio, ut supra ostendimus; sive fingamus solius dantis turpitudinem versari, tamen idem jus futurum est: et quidem multo magis, ubi scilicet non sit quod accipienti objiciatur.

ad *d. L.* 4. §. 3. *n.* 4. *et* 8. Deposito enim pudore omnia licent. Et quæ semel verecundiæ fines etc. add. Gutbier. qui fuse hac de re *Lib.* 2. *Canon. QQ. C.* 10. Quid quod DD. volunt impudicitiam professam, cuivis sui potestatem ut exhibeat, teneri, arg. *L.* 15. §. 15. *de injur.* quos juste notant Covar. 3. *Var. Resol.* 14. *n.* 2. Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 36. et 3. *Conject. ad Viv.* 5. Sane nondum præstitam mercedem, ob libidinis expletionem promissam, exigi non posse volunt Zas. *in d.* §. 4. *n.* 9. Duar. *h. t. C.* 4. Connan. 5. *Comm.* 11. *n.* 2. Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 9. Niel. *Disp. feu.* 4. *Th.* 5. *lit. A.* tum per *l.* 8. *h. t.* tum quia sæpe licite retinentur, quæ honeste non petuntur *L.* 1. §. 5. *de extr. co.* tum quia frustra quæreretur an datum repetatur, si non datum postulari posset. Diss. DD. vulgo Covar. *in C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 2. *n.* 1. *et* 2. justitiæ non minus convenire sentiens ut isthæc merces promissa exsolvatur, in promissione turpitudinem esse, non in solutione, post expletam libidinem, et Vasq. 1. *Ill. Contr.* 48. *n.* 5. et 6. Gutier. *d. C.* 10. *n.* 8. et *seq.* Sed mittamus ista.

CAP. XXVI.

De repetitione rerum donatarum: Quam hæc ad hunc locum: Quæ in universum donationes revocationi obnoxiæ sint, et quam variis ex caussis. Tum quo cujusque revocatio sit referenda.

Transitio. I.
Donationes, earumque revocationem ad hunc locum pertinere. II. et seqq.
Donationum duo summa genera, et quæ. Prioris generis altera divisio explicatur. III.
Propositum auctoris, et methodus. IV.
Caussarum simplicis donationis revocandæ genera duo, et quæ. Tres prioris generis species, et quæ illæ. V.
Caussæ revocationis in utroque genere dissimiles; ut et ipsum jus revocationis. VI.
Tres prioris generis species extraneas esse ab hoc loco, inductione singularum ostenditur. VII.

I. Datorum ob caussam futuram genus expositum est illud, cum quid nominatim et principaliter ob caussam datur, cujus scilicet dandi finis datione expressus hic est, ut aliquid sequatur. Est, ut proposui, in his etiam illud alterum, cum principaliter quid datur simpliciter, et ob aliud quidvis, quam ob caussam, ut aliquid sequatur: per consequentiam tamen ex parte etiam ob caussam dari intelligitur, qua non secuta sit dati repetitio.

II. In hoc genere sunt donationes, (1) earumque revocatio ex certis et jure proditis caussis constituta. Quam ex eo esse putamus, quod etsi donandi præcipuus finis est, ut bene sit donatario, nostrumque animum erga eum propensum hoc modo declaremus (est enim donare liberalitatis et beneficii, cum quid nullo jure cogente confertur in aliquem gratis, non quo quidquam ab eo vicissim accipiatur, ut fit in permutatione. *L. donari, D. de reg. jur. L.* 1. *D. de don. L.* 2. *L. interdictum, D. de prec.*) Etsi in quam, principaliter hoc agitur in donatione: tamen tacite hæc mens accedit, ut sic donatum accipiatur, ne quid sequatur eorum, quibus subsecutis jus concedit donationem revocare. Ob caussam igitur ex parte donatum, cum ob caussam dari intelligatur, non solum quod datur, ut aliquid fiat, sequatur, sed etiam ne fiat, ne sequatur: veluti, cum fundum tibi do ea lege, ne eum alienes. *L.*

(1) Statuit noster et hanc esse ex contractu, ut apertius *infra C.* 31. Cui non assentior. Est ea ex obligatione naturali ad remunerandum eo modo quo notavi *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15.

3. *C. de cond. ob caus. dat.* Quo fit, ut in his donationibus nulla sit condictio, ac proinde nulla obligatio ad datum repetendum; aut si est, ut est, debuerit omnino ad hunc locum referri. Sed de genere obligationis, ejusque caussis postea suo ordine dicetur. Ante revocatio donati ex suis caussis constituenda est, sic deinde de revocationis conditione quærendum.

III. Et donati repetitio ita est, ut est donationis genus. Donationum quæ quidem communi hoc nomine appellentur, quæ eædem eam repetitionem admittant, de qua quærimus (nam et legatum est donatio: sed quæ in propriam speciem et nomen transit, neque aut quidquid est ultimarum voluntatum, ad hunc locum pertinet) donationum, inquam, quæ inter donantem et donatarium conficiuntur, duo sunt genera nota: non mortis caussa, quæ et inter vivos dicuntur: et mortis caussa, *Inst. de donat.* in pr. et §. *aliæ.* Inter vivos et nec mortis caussa fieri dicuntur, quæ fiunt, nulla injecta mortis mentione, cur fiant: ut per contrarium ex mortis caussa donatione intelligetur postea planius. Quod ita donatur, aut donatur, (2) caussa nominatim adjecta, ut aliquid fiat; aut donatur simpliciter. In quibus donationibus quid donatur ob caussam, puta cum aliquid donamus ea lege, ut donatarius nobis certa alimenta præstet: fundum ea lege, ne alienet: donamus partem bonorum, ut creditoribus satisfaciat. Qualia exempla proponuntur in *L.* 1. *C. de donat. quæ sub mod. L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus. dat.* in his donationis verbo abutimur, cum non sit donatio meræ liberalitatis: magisque totum hoc genus donationum ad superius illud ob caussam datorum referendum est. Certe repetitionem atque obligationem cum eo genere communem habet. Nam quæ ita donata sunt caussa non secuta repetuntur, et in eam repetitionem eadem condictio est, quæ et cæteris rebus ob caussam datis. *d. L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus.* Illa vere et proprie donatio est, cum quid donatur inter vivos simpliciter, nulla scilicet nominatim adjecta caussa, ut aliquid sequatur. Sed tamen et hic certis de caussis donati repetitio est ei qui donavit, ab eo qui accepit, tantum hoc nomine quod acceperit ista quasi tacita lege, ne quid sequatur contra quam jure cautum est, ut postea dicetur: quæ sane repetitio est hujus loci, et obligationis ejus, quam tractamus.

IV. Sane et ab aliis quam a donatore revocari interdum donationes possunt, sed nihil ea revocatio ad hunc locum. De quo tamen ut possit certius statui semel hoc loco et breviter revocandæ donationis caussas proponam. Ex quo de hac revocatione in universum quærentibus non solum quænam sint eæ caussæ: sed etiam quo quæque revocationis species referenda sit, et unde petenda, intelligatur.

V. Revocandæ simplicis donationis quæ jure ab initio constiterit, caussæ genera duo sunt. Aut enim fit donatio in fraudem aliorum, quos jus donatione fraudari non patitur; aut ab initio recte facta eventu revocatur. Illic vitium donationis: hic caussa extrinsecus interveniens revocationi caussam præbet. Quæ in fraudem factæ donationes revocationi subjectæ sunt: earum tres sunt species, quot sunt videlicet personæ eorum, quibus jus adversus hanc fraudem consultum voluit. Alienatio eorum, quæ a liberto alienantur in fraudem patroni; tum eorum quæ a debitore in fraudem creditorum; item inofficiosa donatio. Nam et hæc in fraudem est eorum, qui de inofficioso testamento queri possunt, utpote comparata ad hanc ipsam querelam eludendam, et intervertendam. *L.* 1. *L. pen. C. de inoff. donat.* Cum scilicet donatio immodica supra scriptis personis contra officium pietatis non relinquit portionem jure naturæ his debitam, nimirum quartam ejus quod ab intestato habituri essent, nunc trientem, aut si plures sint liberi, quam quatuor, semissem. De quibus dicetur alias inter judicia, conjunctim cum querela inofficiosi testamenti. Cæteræ donationes sunt eæ, quas initio recte factas eventu revocari dicimus.

(2) Gœd. ad *L.* 18. *de V. S. n.* 10. Donum, ait, aliud proprie et absolute, quod nullo alio intuitu quam ex mera liberalitate profectum; aliud modo quodam factum, quod Munus vocatur, datum respectu alicujus rei vel caussæ, quod non merum habet liberalitatem, sed condictionem ac modum secum trahit. Ut mortis caussa, propter nuptias nuptatitium, natalitium etc. De doni et muneris significationibus belle Connan. 5. *Comm.* 9. *n.* 2. Hot. *Disp. feu. C.* 17. Donatio alia simplex. *L. pe.* §. 1. v. *sed simplicem C. de collat. L.* 20. §. 3. *Fam. erc.* propria *L.* 1. *pr. de don.* vera et absoluta *L.* 35. §. 2. *de mor. ca. don.* directa *L.* 25. *C. de don.* communis *L.* 24. *C. d. t.* alia negotialis, relata, quæ ad caussam aliquam respectum habet, et impropria *d. L.* 35. §. 2. Sub caussa, ob caussam, non mera *L.* 27. *L.* 19. *penult. de don.* 1. *C. de don. sub mod.* Et hæc alia mortis caussa, alia non mortis caussa.

VI. Cum duo hæc genera ex certis caussis revocari possint; habent tamen ea ad revocationem donati caussas longe dissimiles. Sed et inter revocationes ipsas, seu inter revocandi jus utrique generi tributum tantum interest, ut prope sit contrarium. Nam quæ in fraudem factæ sunt donationes, ita valent, ut adversus donatorem ipsum ratæ sint, nec possint ab eo revocari. Voluit enim semel eas valere, et cum dominus esset rerum donatarum, jus habuit transferendi. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Nec juvat eum, quod dolo transtulit. Non enim potest ei dolus suus prodesse ad repetitionem. *L. 4. C. de revoc. donat. arg. in L. 1. D. de dol. L. transactione finita, C. de trans.* Solis iis revocatio data est, quorum in fraudem facta est donatio, patrono, creditoribus, iis qui de inofficiosa queri poterant donatione fraudatis. Quippe his solis consulitur, quorum ex gratia solum donatio legibus improbatur. Quo fit, ut hic ab aliis, quam a donatore infirmetur donatio, et infirmetur adversus donatoris voluntatem. Utrumque contra in altero genere earum donationum, quæ ab initio sine vitio factæ sunt. Nam in his solus donator repetit donatum, ab eo qui accepit, et ita repetit, ut intelligi possit ex iis caussis revocationis quæ sequentur, repetitionem esse secundum voluntatem donantis.

VII. Hæc inquam, caussa est, cur prioris generis revocatio non pertineat ad eam obligationem, de qua quærimus. Nam extranei isti, quorum in fraudem donatio facta est, aut genere quodam vindicationis utuntur, proposita prius querela sua, ut sit adversus donationem inofficiosam, quæ ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ inducta est. *L. si totas*, in fin. *L. ult. C. de inoff. donat.* Non est autem in rem actio ex obligatione, nedum ex contractu, *§. 1. Inst. de act.* Aut si his prodita est actio in personam ad revocandum, ut est in iis quæ in fraudem patroni alienata sunt, et quæ in fraudem creditorum, illic Faviana, hic Pauliana, de quibus alias. *L. videamus*, 38. *§. in Faviana, D. de usur.* Tamen constat eos nihil negotii gessisse cum eo, qui in fraudem donatum accepit; ut non possit ne hæc quidem eorum actio esse ex contractu. Sed et cum in eo genere obligationis, quod re contrahitur, de quo agimus, constituamus obligationem et repetitionem ipsi danti, sit autem superior ista revocatio constituta non danti ullo modo, sed aliis quibuslibet, et quidem dante invito: perspicuum est istas revocationes, cum de earum caussis et origine agitur, ad alia genera debere referri. Et res ita habet. Inofficiosæ donationes cum querela inofficiosi testamenti conjungendæ sunt, ut Titulos conjunctos videmus in *Codice*, ubi et Titulus proprius, *de inofficiosis donationib.* Harum enim querela introducta est legibus per omnia ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti. *L. ult. C. eod.* proposita iisdem, quibus illa; et proposita ob eandem caussam, ut sibi portionem jure naturæ debitam consequi liceat, quam immodica et inofficiosa donatio ita ademerat, ut simul eluderet et interverteret querelam inofficiosi testamenti, atque ita excluderet querelam omnem, nisi succurreretur. *L. 1. L. 2. L. si totas. L. pen. C. eod.* Revocatio autem eorum, quæ in fraudem patroni, aut creditorum alienata sunt, si quidem de caussa et origine revocationis quæritur; quoniam adversus ea solum constituta est, quæ alienata sunt dolo malo, magis pertinet ad eas obligationes, quæ ex maleficio nascuntur. Nam ut ex contractu non est sine dubio, ut ante ostendi; sic nec dici potest esse ex quasi contractu; cum iis detur, qui cum eo qui donatum accepit, aut in rem ejus nihil gesserunt, et detur in eum, qui multo minus quid gessit eorum nomine, aut quod ad eos pertineret. Sibi enim donatum accepit, et accepit ab eo, qui dominus cum esset, jus transferendi habuit. Sane si de jure patroni alicubi in universum quæratur, aut in universum de jure creditorum in discutiendis condemnati aut latitantis debitoris bonis; huc pertineat etiam et de istarum alienationum revocatione agere: quoniam hæc revocatio istius juris pars est. Quod et secuti sunt in Pandectis compositores. Hinc de iis quæ in fraudem patroni alienata sunt, proprius Titulus, *Si quid in fraudem patroni*, in eo argumento, in quo de universo jure patroni agebatur. Et de iis quæ alienata sunt in fraudem creditorum item Titulus proprius. Quæ in fraudem creditorum in argumento ad jus creditorum exsequendum pertinente.

CAP. XXVII.

Donationis a donatore revocandæ duas summas caussas esse, ingratitudinem donatarii; et susceptos postea a donatore liberos. Ingratitudinis ad eam rem quæ justæ caussæ.

Continuatio, atque ordo. Revocationis donationum caussæ duæ summæ, et quæ I.
Tractationis hujus occasio, methodus, et partitio. II.
Ingratitudinis caussæ donationi revocandæ habiles, communes, aut propriæ. III.
Communes quinque. Eæ aut sunt in faciendo, aut in omittendo. In faciendo quatuor; in omittendo quinta et postrema. IV.
Quæ in faciendo quid sint. Facta hæc a Justiniano comprehensa, aut donatoris famam, aut corpus, aut bona, aut vitam invadunt. V.
Famam *atroces injuriæ; et quæ illa.* VI.
Corpus *violenta manus illata, et qualis.* VII.
Bona *patrimonii sui non levis jactura. A donatario quot modis hæc inferatur. Et quæ jactura non levis.* VIII. IX. X.
Vitam *periculum ei illatum a donatario.* XI.
Quinta in omittendo qualis. Quid in hac dignum animadversione. XII. XIII.
Contrariis occurritur. XIV.
Donationis revocandæ jus in hac caussa diversum; et quæ hujus a reliquis differentia. XV.
Donationes omnes posse revocari ex caussis a Justiniano præscriptis. XVI.
Contraria refelluntur. XVII. XVIII.
Ex illis quinque, et non aliis. XIX.
Non ex denegatione alimentorum facta inopi donatori omnium bonorum, aut partis eorum maximæ et quare. XX.
Contraria Baldi, Cyni, Saliceti momenta refutantur. XXI. XXII. XXIII.
Propriæ patroni et parentum revocandæ donationis caussæ adversus libertos et liberos quæ, et eæ quatenus tales. XXIV.

I. Ergo superiore revocatione tota donationum ab hoc loco remota, ea sola revocatio donati relinquitur, de qua hoc loco tanquam sola hujus loci propria, quæratur qua repetit donatum qui donavit: obligatione inter dantem et accipientem re ita constituta, ut qui accepit ideo obligetur ad reddendum, quia acceperit. Quod erat posterius genus, de quo agere nos diximus. Est autem id, in quo donatione ab initio sine vitio constituta, caussa postea justa incidens repetitionem parit donatori. Revocandarum hujusmodi donationum caussæ duæ summæ; ingratitudo donatarii, et liberi a donatore postea suscepti. De donatione ob ingratitudinem revocanda quid servari oporteat, magna ex parte comprehensum est constitutione Justiniani. *L. ult. C. de revoc. donat.* Neque tamen omnia.

II. Sed et ipsa constitutio ut et aliæ nonnullæ eodem pertinentes non satis dilucide scriptæ multa hic reliquerunt, quæ necessario quærantur. Quapropter locus postulat, ut de re tota paulo diligentius cognoscamus. In quo ut res certius liqueat, hæc nobis quinque spectanda sunt. Primum quæ sint justæ caussæ ingratitudinis jure receptæ, propter quas donatum revocare liceat. Alterum, an ex his caussis cum semel una aliqua intervenerit, donatio infirmetur ipso jure, an vero non nisi ex pœnitentia et repetitione donantis revocetur. Tertium, quæ sint personæ, quibus hæc revocatio jure tribuatur, et adversus quas. Quartum, an semper, id est etiam consumptis aut alienatis donatis rebus. Postremum, quæ sit, et cujus generis hæc repetitio, utrum actio in rem, an in personam, seu condictio; et si condictio est, quando non potest nasci nisi ex obligatione, cujus generis sit hæc obligatio, et unde nascatur.

III. Caussæ ingratitudinis ad revocandam donationem idoneæ quædam sunt communes omnium donatariorum, quædam propriæ. Communes voco, quæ valent ad revocationem adversus omnes: proprias, quæ adversus certas tantum personas.

IV. Communes sunt quinque, eædem illæ, quæ comprehensæ sunt superiore constitutione Justiniani. *L. ult. C. de revoc. donat. Quarum genera duo* observanda sunt. Nam ex iis quædam sunt in faciendo, quædam in non faciendo, seu in omittendo. In faciendo priores quatuor ea lege enume-

ratæ: in omittendo quinta eademque postrema.

V. Quæ in faciendo sunt, eæ sunt facta donatarii instructa de industria ad nocendum donatori. Et quidem hujus generis facta omnia ingratitudinem certam in se habent. Nam si ingratus est is, qui non agnoscit beneficium acceptum, ubi, quando, et quomodo potest; multo magis is, qui pro beneficio dedit injuriam, quocumque genere meditatæ injuriæ id faciat. Sed non omnia facta ejusmodi idonea ad donationem revocandam. Certa tantum ex eo genere recepta sunt superiore constitutione, quæ tribuant repetitionem. Quæ ut facilius notari possint, animadvertendum est ita hæc esse distincta, ut primum petat famam donatoris; secundum, corpus; tertium, bona; quartum, vitam. Eaque ita circumscripta.

VI. Adversus famam donatoris exigit constitutio (1) atroces injurias in donatorem effusas. Proinde si qua injuria, contumeliave affectus erit donator a donatario, quæ atrox injuria non erit, ea non dabit repetitionem donati. Est autem atrox injuria, adversus parentem quidem, patronum, magistratum quævis contumelia. Adversus alios autem si in verbis et convicio injuria est, atrocem injuriam locus facit; veluti si in foro in theatro, pro tribunali donatarius conviciatus sit donatori. Hæc ex §. *atrox*, *Inst. de injuriis*.

VII. Adversus corpus donatoris hoc factum tribuit repetitionem donati ex constitutione; si donatarius ei manus impias attulerit. Impias, idest violentas, quas (2) ille attulerit, non ut sublevaret donatorem, aut cum eo jocaretur, sed ut vim inferret contra pietatem bene merito debitam. Quod fit verberando, cædendo, vulnerando. Exigit constitutio, ut manus adferantur. Proinde si donatarius minitatus sit tantum donatori, si etiam pugnum sustulerit, et ostentarit quasi verberaturus, neque fecerit; etsi hæc per se injuria est, tamen ad hanc speciem non pertinebit, atque adeo in totum propter hæc facta revocari non poterit donatio. Nisi proponas hæc admissa esse adversus parentem, patronum, magistratum, quorum persona atrocem injuriam facit. Ex quo incipit res ad superiorem speciem pertinere.

VIII. Adversus bona exigit constitutio, ut donatarius jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat, idest cumulum et magnitudinem jacturæ, ex qua non levem amissionem substantiæ et patrimonii donator sentiat. Et in summa exigit his verbis constitutio duo; ut donatarius ingerat donatori jacturam patrimonii, et eam non levem. Primum ut ingerat, idest, inferat, ut scilicet jactura et damnum re ipsa sequatur. Quocirca si donatarius conatus sit evertere donatorem bonis, nec perfecerit conatus, repetitionem non dabit ex his verbis: veluti, si donatarius (3) accusaverit donatorem publico judicio, ex quo condemnato bona omnia, aut pars bonorum publicantur, ut est natura horum judiciorum exposita *Instit. de publ. judic.* et aut donator sit absolutus, aut donatarius ab accusatione destiterit.

IX. Quæremus igitur, quomodo accidat, ut donatarius hanc jacturam patrimonii donatori inferat. Nam si rapit bona, non videtur ulla hinc jactura esse donatori, sed potius lucrum; cum donatarius quadruplum restituere debeat actione vi bonorum raptorum. *L. 1. L. 2. D. vi bonor. raptor.* Idem est, si surripuit. Tenetur enim et hic furti quidem ad pœnam dupli aut quadrupli, condictione autem furtiva ad rem restituendam. §. *pœna*, §. *ult. instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* Sed etsi cum bona donatoris in nave

(1) Convicium acerbum vid. Mozz. *de Don. col. ult. n.* 22. *et seqq.* ubi *n.* 24. idem statuit, etsi verum convicium objecerit, quia lex indistincte loquitur, tantum considerans animum ingratum, et Covar. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 8. Quid si attentaverit pudicitiam uxoris filiæve, vel illis vitium intulerit? Mozz. *d. lo. n.* 25. *et seqq.* posteriore hoc casu admittit repetitionem, priori negat, si blandis verbis attentaverit, per *leg.* 15. §. 10. *de injur.*

(2) Itemque si per alium intulit, de quo et aliis huc spectantibus Mozz. *de Donat. col. ult. n.* 33. *et seqq.*

(3) At DD. volunt privandum donatione, sive ficti sive veri criminis reum detulerit. Certe si eo casu quo condemnatus reus, locus est revocationi; multo magis quo is absolutus, ubi calumniatus est accusator, et includitur hæc accusatio in prima caussa. Unde nec DD. fere quidquam dubitant si crimen confictum, sed omnis illis quæstio de vero crimine. In quo Covar. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 8. ita distinguit: Aut suam suorumve injuriam prosequutus est, nec cadit rebus donatis arg. *L. filio* 31. §. *Seia* 3. *de adim. leg.* Aut secus, et ingratus censetur quoties jure non cogitur deferre per *L.* 1. *de his quæ ut indig.* nisi summe intersit reipublicæ ne scelus istud abeat impune. Quid si caussam capitalem adversarii sui donatoris egerit, foverit, testimonium dixerit, judicaverit, vid. Mozz. *de Donat. Cap. ult. n.* 30. *et* 2. *seqq.*

essent, dolo malo perforata nave fecerit donatarius ut ea periret, tenetur hic quoque lege Aquilia, ut damnum sarciat. *§. capite, Instit. de leg. Aquil.* Qua ex re fit, ut ne hic quidem videatur jacturam pati donator. Neque vero statim facile occurrit, quibus aliis modis donatori caussa esse possit bonorum amittendorum. Quomodo igitur fiet, inquam, ut hæc jactura, quam quærimus, donatori inferatur? Dicendum est contingere et superioribus factis, et aliis plerisque. Nam et rapina, et furto, et damno dato auferuntur, minuunturque res donatoris. Nec ad rem pertinet, quod postea res cogitur restituere donatarius, et jacturam sarcire. Nam vel hoc ipso satis declaratur damnum et jacturam fuisse, quod eam præstaret et sarcire cogitur. Neque enim sarciret præstaretve eam, quæ non est. Ita eveniet ex superioribus maleficiis, ut donatarius eodem tempore pariter et teneatur eorum delictorum pœnis, et ob injuriam donatori illatam patiatur meritam revocationem donationis. Sed tamen ut donatarius propter illatam jacturam non teneatur donatori: non eo minus et aliis modis accidere potest, ut hanc ipsam jacturam ingerat. Finge donatarium dolo malo indicasse donatorem prædonibus, vel hostibus prætereuntibus. Ab his captum donatorem coactum esse se redimere cum magna jactura patrimonii. Hæc vere jactura insidiis donatoris ingesta est, ut luquitur constitutio. Et vere est jactura, cujus nomine non tenetur donatarius, ut qui neque mandaverit, ut isti quidquam auferrent, neque auferentibus opem tulerit. Idem dicemus si donatarius donatorem accusarit capitis, et donator sit condemnatus. Nam hac damnatione damnati bona publicantur. *L. 1. D. de bon. damnator.* idque ita contingit, ut donatarius qui jure publico in ea re usus est nullam pœnam ad sarciendam eam jacturam metuat. *L. Gracchus, C. de adult.*

X. Exigit præterea hac parte constitutio, ut illata sit jactura patrimonii non levis. Non levem vocat magnam, μείωσις auctoribus usitata, cum minus negando contrarium intelligimus. Ut cum dicimus aliquem non leviter offensum, pro offensum graviter. Non parum delectatum re aliqua, pro vehementer delectatum; intermissiones non parum obesse studiis, idest multum obesse, et alia innumera. Quale illud in *L. 8. D. qui satisd. cog.* non quælibet injuria est duci eum in jus, qui satis idoneum fidejussorem det: non quælibet, idest non infima et levis, ergo magna et singularis injuria. Hinc igitur rursum quæritur, quæ sit magna jactura patrimonii, quæ isti revocationi donationis locum faciat. Et recte fecisset Tribonianus, si hoc explicasset. Plus quam enim ambiguum verbum est magna jactura, cum magnitudinis istius modus varie æstimetur, prout est conditio atque affectus cujusque domini, qui jacturam passus est. Nam aliis partis sextæ bonorum amissio, magna est jactura: quibusdam tertiæ; quibusdam dimidiæ, et ita deinceps, ut quisque erga pecuniam et divitias animo est affectus. Et omnino hic evenit, quod in boni appellatione Ulpianus scribit in *L. ubi*, 75. in pr. *D. de verbor. obligat.* Qui stipulatur, inquit, boni tritici Africi modios centum: vini Campani boni amphoras centum, incertum videtur stipulari: quia bono melius inveniri potest. Quo fit, ut boni appellatio non sit certæ rei significativa. Quæ omnia de appellatione magni licet dicere. Nam et magno majus invenitur: et hoc ipso majore majus, ac præsertim in damnis. Sed quoniam factum non est, quod requirimus, relinquitur, ut quantum potest ex aliis locis nobis expliceatur. In quo ut in perplexa significatione venia dabitur necessitati, si probabili tantum conjectura utemur. Ego puto recte dici omnem amissionem bonorum, quæ publicis judiciis irrogatur damnato, satis magnam jacturam videri debere: quia magno et gravi crimini non nisi magna et gravis pœna conveniat. Scimus autem interdum publicari omnia bona damnati, ut in capitalibus judiciis, *L. 1. D. de bon. damnat.* alias dimidiam partem; alias ut minimum tertiam: quæ utraque pœna recepta est pro qualitate criminis in publicis judiciis non capitalibus, ut declaratur *Inst. de pub. jud.* Sic fit, ut in hoc genere non male dici possit, (4) tertiæ partis bonorum amissionem magnam jacturam esse, majorem dimidiæ partis, maximam bonorum omnium: sic tamen ut illud semper maneat, etiam tertiæ partis magnam esse jacturam. Neque enim hanc appellationem mutat, quod aliæ sunt majores. Immo

(4) Alii requirunt damnum excedens dimidiam partem bonorum, arg. *L. 2. C. de resc. vend.* quæ male huc applicatur, alii sextæ partis bonorum, alii idque ceu videtur, tutissime judicis definitioni relinquent, vid. Moz. *d. col. ult n.* 51. Illius enim est statuere quæ caussa magna, modica, exigua, vid. Menoch. *Arb. Cas.* 72. Tiraq. *in leg.* 8. *Cod. hoc. tit.* vers. *omnia bona vel partem aliquam n.* 28. *et seqq.*

contra qui alias majores esse dicit, hoc ipso hanc per se magnam esse confirmat: cum comparativus gradus semper positivum, cum quo comparetur, prius statuat. Ut cum dicimus vinum aliud alio esse melius, hoe ipso utrumque dicimus esse bonum, sed alterum melius. *d. L. ubi autem*, 75. *D. de verb. obl.* Secundum quæ recte in proposito dicturi videmur, si vel tertiæ partis bonorum jacturam ingesserit donatarius, jacturam ad pœnam hujus partis pertinere, at non si minuri ex parte.

XI. Adversus vitam donatoris hoc factum sufficit ex constitutione ad revocandam donationem, si donatarius periculum vitæ intulerit, idest si vitæ ejus insidias posuerit. Quanvis igitur cum insidiatus vellet occidere, non potuerit; nihilominus conatus ad hanc revocationem pertinebit.

XII. Hæc ergo facta sunt, hæ caussæ ingratitudinis in faciendo positæ, quæ tribuunt donationis revocationem. Est, ut dixi, quinta etiam caussa, comprehensa eadem constitutione, sed posita in non faciendo. Ea est, si donator pactiones aliquas imposuerit donationis, quas donatarius (5) implere noluerit: idest, si donatur donaverit quid certa lege et conditione, ut donatarius quid fecerit; qua lege et ille acceperit facturum se promittens, et cum posset, non fecerit, quod convenerat.

XIII. Exigit ergo constitutio in rebus promissis a donatario non neglectum tantum et contemptum donatarii: sed etiam conventionem in donando interpositam. ut id fieret quod ab illo omissum neglectumve est: quod diligenter notandum est, valetque in primis ad caussas ingratitudinis eas, ex quibus donatio revocetur, recte distinguendas ab iis, ex quibus non licet revocare. Multa enim sunt, quibus neglectis et contemptis certa ingratitudo donatarii arguatur, etiam nulla conventione ab initio interposita, ut præstarentur: veluti, si donatorem salutantem per contemptum non resalutavit; si egenti homo locuples non subministravit alimenta; si petenti aliquid operæ, quam donatarius facile et sine incommodo suo posset præstare, superbe recusavit: quæ haud dubie ingrati animi signa sunt omnia. Sed observemus nihil horum tribuere ex superiore constitutione donationis revocationem. Nam primum cum hæc in non faciendo sint, non pertinent ad priores illas quatuor caussas, quæ sunt in faciendo, et factum ad lædendum comparatum desiderant. Quinta vero ista caussa etsi itidem in non faciendo est, hoc tamen exigit amplius, ut neglectum sit id, de quo in donando convenerit. Superiora conventionem nullam habent ne quid eorum fieret.

XIV. Sed videturne recte hæc caussa inter caussas ingratitudinis referri a Justiniano; cum potius ex hac caussa revocetur donatio propter conventionem? Quod enim ob caussam etiam donatum est, caussa non secuta repetitur eodem jure, quo cætera, quæ data sunt ob caussam, in quibus caussa secuta non est, ut supra dixi. *L. 2. L. 3. L. dictum, C. de cond. ob caus.* Ideo ex tacita conventione, non propter ingratitudinem; quia etsi dolo accipientis factum non sit ut caussa non sit secuta, non eo minus tamen sit repetitio, ut in hoc genere condictionis ostendimus. Dicendum est ex hac caussa competere repetitionem donati, propter conventionem quidem: sed nihilominus et propter ingratitudinem, si legem donationi dictam donatarius implere cum posset, noluerit, ut sunt verba constitutionis. Nam si ingratus est, qui officia, quæ potest, donatori non præstat etiam sine conventione: multo magis qui ea quæ sunt donationi ipsi imposita, et ad quæ præstanda jure obligatur, pervicacia non præstat. Meminerimus tamen sic in hoc neglectu esse ingratitudinem, propter quam et donatio revocetur, ut revocetur nihilominus et propter conventionem.

XV. Hæc res facit, ut merito hæc caussa distinguenda sit a prioribus in jure revocandæ donationis. Quæ et mihi caussa fuit initio ista genera duo inter se distinguendi, idque eo diligentius, quod Justinianus in illa constitutione sua sic omnes istas ingratitudinis caussas eodem loco proponit, ut nihil distinguat alias ab aliis in jure donationis revocandæ, quasi omnes eo jure in eadem caussa haberi debeant. Quod secus est, ut et plerique ex interpretibus recte animadverterunt, in quibus Baldus, et Salicetus. Est autem hoc discrimen, quod ex prioribus illis quatuor factis revocatio donationis ad heredes donatoris non transit, nisi prius donatione ex pœnitentia revocata a donatore *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* At ex altero genere, idest ex quinta caussa quæ in non faciendo est, condictio donatori competens transit ad heredes jure communi sine alio facto donatoris propter conventio-

(5) Secus si legitime impeditus, vid. Moz. *d. col. ult. n. 54. et seq.*

nem. Quod quia pertinet ad personas, quibus hæc repetitio concessa est, cum ad eas ventum erit: ibi a nobis opportunius dicetur.

XVI. Ex his caussis solis cum statuit Justinianus donationem revocari posse, animadvertendum est duo eum statuere: nempe et ex istis quinque donationes omnes posse revocari, et præter has non esse alias, nisi speciales quasdam, quas vocavi proprias, ex quibus donatio possit revocari. De utroque ambigitur, an verum sit. Quod quia ad caussas revocandæ donationis statuendas pertinet, hujus loci est, ut explicetur. Et de priore constitutio diserte scripta est, generaliter donationes qoæ ab initio valuerunt, ex supra scriptis quinque caussis revocari posse.

XVII. Sed hic quædam videntur adversari, in quibus placet quanvis supra scriptis caussis exsistentibus cessare revocationem. In his *L. his solis*, in fin. *C. de revoc. donat.* ubi matri libidinose viventi denegatur in totum revocatio donationis in filium collatæ. Item *Auth. quod mater, seq. C. eod.* ubi matri quæ secundo nupsit, datur revocatio ex certis tantum caussis ex superioribus, non autem ex omnibus. Sed nihil horum adversus constitutionem Justiniani. Quod enim cavetur constitutione, ex superioribus caussis donationes omnes revocari posse, sic accipiendum est, dum sit is donator qui per se possit jure revocare, non si ei concessa sit nominatim revocatio, sed si ei nominatim non sit adempta. Quod si quibus adempta sit lege, ut superioribus duobus generibus matrum; ad eos constitutio Justiniani non pertinet. Hæc enim scripta est de caussis idoneis revocandæ donationis. Prius est autem ut possit quis ex legibus revocare donationem ob aliquas caussas ingratitudinis, quam ut quæratur, ex quibus caussis liceat ei revocare. Ita cum de posteriore lata sit constitutio Justiniani, haud dubie prius illud statuit, ut velit donatorem proponi, cui revocandi potestas non sit adempta. Postremo cum velit Justinianus ex supra scriptis caussis revocari posse donationem; nihil fit adversus constitutionem, si cui donatari id ademptum proponatur, ubi id ei propter ipsum adimatur, non propter caussas ipsas, quæ per se semper sunt idoneæ, si patiatur persona donatoris. Quod si cui videbitur Justinianus superiore lege utrumque includere, ut generaliter et donationes ab initio firmæ ob ingratitudinem donatarii revocari possint, et possint tantum ex supra scriptis caussis: hac sententia admissa recte dicemus generalem esse constitutionem Justiniani, sed excipi quasdam personas donatorum, quibus donationem revocare non liceat ex iis caussis aut in totum, aut non ex omnibus. Exceptiones esse constitutas prioribus legibus, ut *L. his solis, de revoc. donat.* his non derogari lege Justiniani superiore, quanvis sit posterior; quia generalis sit: in toto autem jure generi per speciem derogetur: *L. in toto jure, D. de reg. jur.* De his autem personis dicetur commodius paulo post in quæstione personarum, quibus hæc revocatio conceditur.

XVIII. Obstare etiam videatur. *L. pen.* §. 1. *D. de donat.* Ubi traditur hanc donationem esse irrevocabilem, nempe ex superioribus etiam caussis, si quis aliena opera ereptus a latronibus, aut hostibus liberatori suo (6) remunerandi caussa aliquid donaverit. Sed nec de hac specie agitur Justiniani constitutione. Loquitur enim constitutio de veris donationibus, quæ liberalitatis caussa exercentur. In specie autem superiore non est mera donatio, cum scilicet aliquid mercedis loco datur pro egregio aliquo labore nobis impenso, quæ et ratio in eodem responso redditur, et confirmatur amplius exemplo. *L. Aquilius*, 27. *D. eod.* Verum est igitur, nisi donatori revocatio donationis aperte adempta sit, ex supra scriptis omnibus caussis donationes, quæ vere donationes sunt, revocari posse.

XIX. Sed an non pluribus? Et apparet ex verbis non ex pluribus. Sic enim verba se habent: (7) *Ex his tantummodo caussis donationes everti concedimus.*

XX. De una tamen specie controversia est inter interpretes. Quæritur enim, si donator contulerit in aliquem (8) omnia etiam privilegia, cum donationis instar habeant, rescindi posse vult Georg. Acac. Enenkel. Baro. Hohbemeim. *Lib.* 3. *de Privileg. C.* 17. De qua revocatione et Carol. Tapia *ad L. fi. de const. princ. P.* 2. *C.* 9.

(6) Duar. *de Don. C. ult.* P. Greg. 28. *Synt. ult. n.* 7. Moz. *d. col. ult. n.* 64. Tiraq. post. *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 55. et *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 13. (ubi *n.* 11. *usque ad n.* 69 45. specialitates hujus donationis refert) Benst. *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 195. diss. Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat.* P. 3. *n.* 60.

(7) §. 2. *in fin. l. de donat.* in verbis, *certis ex caussis* Vult. *ibid. n.* 6. Diss. Menoch. *Arb. Cas.* 130. *n.* 3. Mozz. *de Donat. col. ult. n.* 58. Ex his autem caussis

(8) Donatio omnium bonorum an subsistat, quæ item illius interpretatio, an ad futura extendatur, etc. non idem sentiunt DD. vid. Gomez. *in L. Tauri* 69. Vasq. 3. *Contr. usufreq.* 62. *n.* 2. *seqq.* Hot. *Disput. de Donat. C.* 8 *n.* 31. Vaud. 1. *Q.*

bona sua, aut maximam partem bonorum, deinde labatur facultatibus, ut non habeat, unde vivat, an desiderans debeat ali a donatario, saltem quatenus efficiunt fructus rerum donatarum; et si non alit donatarius, an ex hac caussa juste revocari possit donatio. Accursius ad *d. L. ult. C. de revoc. donat.* putat posse. Idem negat ad *L. in condemnatione, D. de reg. jur.* Hinc res distracta in varias sententias, dum in eo aliud aliis placet. Utrum igitur verius putamus? Sed cur dubitamus, quin non possit ex hac caussa donatio revocari: cum constitutio Justiniani diserte ita scripta sit, ex supra scriptis tantum caussis donationem everti posse? Neque enim obscurum est, si donatori alimenta non præstentur, omissionem hanc non esse in numero superiorum caussarum. Nam priores quatuor negligentia donatarii non sunt contentæ, sed factum ad nocendum instructum exigunt. Hic donatarii omissio est tantum, et neglectus. Inter quæ quantum intersit, declaratur lege Aquilia, qua tenetur qui facto suo damnum dedit, etiam si dederit culpa levissima tantum, non ullo dolo malo: si autem res alienas cum servare posset, neglexit, et perire passus est, quanvis non sine cupiditate nocendi, tamen non tenetur. *L. si servus*, 27. §. *hujus. L. in lege*, 44. in pr. *D. ad L. Aquil. L. si cujus*, 13. §. *de præteritis*, vers. *denique*. *D. de usufr.* Quinta autem caussa ex superioribus, est illa quidem et in omittendo: sed desiderat etiam, ut dixi, conventionem, qua convenerit, ut quid donatarius præstaret. Hic agimus de eo donatario, cui hæc lex imposita non sit, ut donatorem aleret. Nihil igitur hæc species ad superiores caussas pertinet, ac propterea vetat constitutio ex ea caussa donationem revocari. Et merito: nam ne illud quidem verum est, cogi donatarium alere donatorem egentem. Nemo cogitur id præstare, ad quod præstandum obligatus non est, ex definitione obligationis. *Inst. de obl.* in pr. At donatarius donatori ad certum aliquid præstandum non est obligatus. Quare nec alimenta ei præstare cogitur. Dicitur quidem donatarius obligari ad remunerandum. *L. sed etsi lege*, 25. §. *consuluit*, *D. de her. pet.* Sed hoc ipsum significat eum simpliciter non obligari, ut pluribus ostendimus in naturali obligatione, primum quia remunerari est donare: non est autem donatio, ubi quis ad dandum obligatur. *L. donari*, *D. de reg. jur.* Deinde quia non obligatur ad ullam rem certam præstandam, ac sine re, quæ in obligatione deducitur, nulla est obligatio. *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verb. obl.* Ad hæc non simpliciter dicitur obligari ad remunerandum, sed obligari naturaliter. *d. §. consuluit.* Etiamsi naturalem obligationem intelligeremus his verbis eandem, quæ in usu juris dicitur naturalis obligatio: tamen hoc ipsum etiam arguit nullam hinc esse necessitatem præstationis, cum nulla sit ex ea obligatione actio. *L. naturales*, *D. de obl. et act.* Postremo constat certas esse personas, quibus hæc necessitas imponitur legibus, ut alios alant, parentes, liberos, libertos. Parens liberos egentes alere debet, liberi parentes, liberti patronos. De quibus ex professo scriptum est in *L. si quis a liberis tota. D. de agnosc. lib.* Nulla illic mentio donatarii, aut usquam alibi, quasi is donatorem egentem qualemcumque alere debeat. Ex quo intelligimus extra superiores personas nullos alios hac necessitate obstringi, ut quemquam alant, ubi de eo justa pactione nihil convenerit, idque ipsum pertinere et ad donatarium. Nunquam enim ex universo genere certis personis quid injungitur, aut contra tribuitur, nisi ut intelligatur inde cæteros qui ex eo genere sint, eximi. Alioqui nequidquam de certis caveretur, quod pariter et ad alios omnes pertineret. Et omnino, ut cum prætor quosdam ex judicibus datis judicare vetat; dicitur ex hac notione cæteris id concedere videri: *L. cum prætor*. *D. de jud.* ita recte dicemus, cum ex omnibus quosdam lex vetat aliis denegare alimenta, cæteris omnibus videri legem id concedere.

XXI. Plerique tamen specie æquitatis ducti tentant efficere, donatarium donatori egenti alimenta præstare debere (9) ad quantitatem fructuum, qui ex rebus donatis percipiuntur: quod nisi faciat justam hanc

31. Covar. 3. *Resol.* 12. Dauth. *de Testam. n.* 98. Io. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 11. Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 3. *n.* 134. *et seqq.* Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 145. *et seq.* Fach. 6. *Contr.* 87. *et* 6. *seq.* Bron. 3. *Ass.* 72. A. Fab. 48. *Err. Prag.* 6. Bocer. *de Donat. C.* 3. *n.* 15. Niel. *Disp. feud.* 5. *Th.* 8. *lit. A.* Clar. §. *donatio Q.* 21. Mozz. *de Donat. Col. ult. n.* 59. *et seq.* Beust. *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 195. fusissime Io. Petr. Surd. *Tr. de Alim. Tit.* 1. *Quest.* 68. Quorum opinio, uti benignior, omnino servanda. Et facit *L. necare* 4. *de ag. lib.* Certe si Justinianus de hujusmodi casu cogitasset, credibile est illum non fuisse prætermissurum. Facit *Nov.* 78. *C.* 2. v. *nam si nullum.*

(9) Gomez. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 4.

caussam esse revocandæ donationis. Quidam ut Baldus ad *d. L. ult. de revoc. donat.* utuntur ad eam rem argumento. *L. decurionibus, D. de decur.* Illic ita scriptum est: *decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni permissum est: maxime si ob munificentiam in patriam patrimonium exhauserunt.* Qui locus minime ad rem facit. Etsi enim munificentia in patriam nihil aliud est quam liberalitas, qua quid donationis caussa confertur in patriam: tamen perspicuum est ex superioribus verbis, quod hic tribuitur decurionibus, tribui ut decurionibus, seu hac de caussa, quia decuriones sint, non quia aliquid donaverint patriæ. Indicio est, quod placet illis decerni alimenta, etiam si nihil donarint: et contra quanvis donarint omnia, non aliter tamen illis alimenta decerni, quam si sint decuriones. Itaque est id beneficium, quod aperte tribuitur certæ conditioni personæ. De quo genere beneficiorum ita est regula juris, ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. jur.* Quo fit, ut cum beneficium superius tribuatur decurionibus ut decurionibus, idest propter hanc conditionem personæ, plane ad eos, qui quid in patriam contulerunt, si decuriones non sunt, nihil pertinet. Adde, quod non dicitur, decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni debere, sed permissum esse. Quo verbo significatur posse civitatem alimenta decernere, si velit: si nolit, necesse non habere. Nam de eo, cui concessum est, ut quid possit, hoc ipsum traditur. *L. sæpe, et L. generaliter, seq. D. de off. præs. L. 1. C. quam. et quand. jud.*

XXII. Alii ut Cynus tentant idem efficere hoc argumento. Liberi parentem alere debent, jure certo. *L. si quis a liberis, D. de agnos. lib.* Volunt autem eum, qui bona sua omnia aut maximam partem in aliquem contulit, veluti heredem eum istituendo, patris loco esse donatario. Ex quo efficitur et eum in quem hæc collata sunt, donatori egenti tanquam patri alimenta præstare debere. Recte si quidem donando quisquam inciperet donatarie esse patris loco. Quod non ita est. Scimus enim jure civili neminem jura patris nancisci, nisi adoptione. Et quidem ita, ut dissoluta patris adoptivi potestate simul etiam et patris nomen, et jura intereant. *L. in omni, D. de adopt.* Dicent neminem quidem donando patrem fieri, sed se hoc sentire; licet pater non fit, eadem tamen officia pietatis, ei tribui debere, quæ patri, et hactenus patris loco esse. Sed ei qui pater non sit neque natura, neque jure civili, absurdum est dici eadem tribui oportere, quæ patri, et hactenus patris loco esse. Certe id probatione quam maxime indiget. Probant ergo ex *L. si patronus, D. de conf. tutor.* ubi si extraneus instituerit pupillam extraneum heredem, et ei testamento tutorem dederit, placet judicium ejus sequendum esse, et tutorem confirmandum. Ex quo colligunt extraneum istum testatorem eodemque exemplo donatorem omnem isti testatori in donando similem, patris loco esse ei, in quem liberalitas confertur. At unde tandem hæc collectio? quia scilicet, si pater filio pupillo emancipato tutorem dedisset, eodem modo tutor confirmaretur. *L. 1. D. de conf. tut.* Nullum vero hoc argumentum est. Sit sane in hac re extraneus iste similis patri. Sed non est hac de caussa quia sit patris loco. Tutor ab utroque datus pariter confirmandus est: sed datus a patre ideo, quia pater dedit, idque propter honorem et reverentiam judicio patris debitam, et maxime cum in caussa liberorum quid statuit quod sit in rem eorum: datus autem ab extraneo non utique ideo, quia aut patris loco sit propter donationem, aut ei eadem debeantur, quæ patri: sed quia personam ejus, quem tutorem esse voluit, noverit et dedisse intelligatur quam fidelissime, quam maxime idoneum putabat, conjectura voluntatis hinc ducta, quod ita dilexerit impuberem, ut eum heredem institueret. Quæ ratio nominatim reddita est in *d. L. si patronus, de tut. conf.* Ex qua apperet qui priorem caussam voluit esse caussam superioris confirmationis inducendæ, ei ipsi loco quo utuntur, adversari; in quo alia aperte statuitur, quæ cuivis extraneo etiam qui pater non sit, nec patris loco habendus, optime conveniat.

XXIII. Ad extremum etiam Salycetus, cui superior sententia æqua videtur, eoque et retinenda, hoc argumento utitur ad ejus sententiæ defensionem. Ob injuriam non levem illatam donatori a donatario donatio revocari potest. Non est autem levis injuria donatarii, si locupletatus et fruens bonis donatoris alim acceptis donatorem egentem alere recuset. Injuria ex eo, quod ad antidota ei sit obligatus, *d. L. sed etsi lege, 27. §. consuluit, de her. pet.* Quare et denegatis donatori alimentis jure donatio potest revocari. Sed in hac argumentatione utrumque quod sumitur, falsum est, et propositio et assumptio. Primum non ob quamlibet injuriam illatam donatori revocari donatio potest, sed ita si sit facto illata injuria, et ea sit atrox, ut constitutio exigit. Qui autem

non præstat donatori alimenta, perspicuum est hunc nihil facere, quo inferat injuriam, sed potius non facere. Omittit enim et negligit præstationem. Jam dixi, quodcumque factum donatarii in non faciendo est, et in omittendo, non tribuere donatori donationis revocationem, nisi hoc ipsum convenerit, ut fieret, quod factum non est. Sed nec illud verum est donatarium injuriam facere donatori, nedum videri debeat facere non levem, si egenti alimenta non præstet. Non facit injuriam, qui alteri non præstat, quud illi non debuit. Est enim injuria, si cui quis auferat, quod sit ejus, sive vere ejus sit, sive ei debeatur. Cujus autem nihil est, cuive nihil debeatur, huic nihil dici potest contra jus auferri: eoque nec ei injuria fieri; cum injuria generaliter dicatur omne quod non jure fit. *L.* 1. *D. de injur.* Jam autem ostendimus donatarium non esse obligatum ad quidquam præstandum: certe non ad alimenta præbenda magis, quam ad res alias. Nemo negat ex officio viri boni facturum donatarium, si beneficium beneficio rependat, et maxime ubi ope et auxilio ejus indiget donator: quod præcipue cernitur in alimentis egenti præstandis. Hoc amplius et ego eum, qui beneficio accepto id non faciat si potest, non inhumanum solum, sed et ingratum, et improbum, et quovis odio dignam judico. Sed non quid hic honeste fiat, et ex officio: sed quid jure publico facere cogatur donatarius quærimus. Constat autem adversus eos, qui beneficium acceperunt, nullam actionem esse proditam ad quidquam ab iis eo nomine exigendum, uti nec adversus ingratos ullam actionem ingrati. Postremo non si alimenta donatori deberet donatarius eaque petenti non præstaret, ideo donatori jus esset donationem revocare. Effectum est enim jam satis, non ob quamvis ingratitudinem, donationem revocari posse; sed justas esse tantum ingratitudines caussas, propter quas hæc revocatio concedatur. Inter quas cum non sit omissio ullius rei, quæ ex lege donationi imposita non debeatur, haud dubie alimentorum quanvis aliunde debitorum denegatio ad hanc revocationem non pertinebit. Et ideo cum liberi parenti egenti alimenta præstare debeant, legimus posse parentem a liberis ea petere: quod si non præstent, nun propterea hanc pœnam usquam constitutam legimus, ut si quid parens donaverit liberis, ob eam denegationem possit donationem revocare. Quanto minus licere id putandum est donatori, si non alatur a donatario, qui jure illi alimenta non debuit: certe non ita, a donatario ulla actione exigi possent? Maneat igitur hæc sententia constitutionis rata de caussis revocandæ donationis: ex supra scriptis quinque caussis omnibus donationem revocari, posse dum ne revocatio donatori adempta sit legibus: sed ex his solis, præterea nullis, ac ne tunc quidem, cum donatarius turpiter igratus egenti donatori alimenta denegaverit, ad quæ præstanda lege donationi dicta non tenebatur.

XXIV. Sed hæc de communibus ingratitudinis caussis ad revocandam donationem idoneis, seu de iis quæ generaliter et in commune adversus omnes donatores valeant dicta sunt. De quibus et se sentire Justinianus ostendit primis verbis constitutionis, cum ait, generaliter sancimus donationes ex his caussis everti. Quædam sunt, ut dixi, propriæ certarum personarum eorum quibus donatum est, adversus quos et ipsæ solum valent, ut ex his adversus eos donatio revocetur. Sed hæ paucæ, quæ et pro conditione personarum variantur. Personæ duæ, quæ his caussis tenentur; liberti, et liberi. Adversus libertum valet proprie una caussa hæc, si obsequia patrono debita neglexerit. Itaque si quid patronus donaverit liberto, poterit citra controversiam revocare donationem ab ingrato liberto ex caussis illis quinque communibus, de quibus Justiniani constitutione cautum est. Sed poterit et ex hac proprie, si obsequia patrono debita præstare noluerit: tametsi sit hæc omissio in non faciendo, nec de obsequiis sibi præstandis in donando quidquam patronus caverit. Cautum *L.* 1. *C. de revoc. don.* Ubi et ratio hujus juris personæ liberti conveniens redditur. Exempla hæc sunt, si libertus egentem patronum negligat, nec cum possit, præstet alimenta: si postulante patrono res ejus administrare detrectet. *L. alimenta, D. de agnosc. L. ingratus, D. de jur. patronat.* Et si qua sunt similia officia, quæ libertus patrono exhibere debet patronatus jure; de quibus in jure patronatus diximus. Adversus liberos item propria caussa una, ex qua præter communes illas quinque superiores revocari donatio possit a parente in liberos collata. Ea est; si filius totius patrimonii parentis jacturam molitus sit. Ex hac caussa conceditur metri etiam quæ secundo nupsit revocare donationem collatam in filium, qui id molitus est: cum tamen huic matri multo minus concessum sit ad revocandam ejusmodi donationem ob ingratitudinem, quam cæteris parentibus iisdemque donatoribus. *Auth. quod mater, C. de revoc. donat.* Multo igitur magis patri, et reliquis matribus, quæ secundo non nupserint, idem concessum in-

telligendum est. Adversus extraneos donatarios hæc initio nun est satis ad revocandam donationem ex lege Justiniani, sed ita si etiam jactura bonorum re vera ingesta sit, ut ante diximus.

CAP. XXVIII.

Donationem ex caussa ingratitndinis non infirmari ipso jure, sed ex pœnitentia et repetitione donantis revocari. Hanc revocationem donatoribus omnibus tribui, quibusdam matribus exceptis. Quibus autem tribuitur, his tribui adversus omnem donatarium ingratum, sine exceptione.

An donatio revocetur ipso jure, an facto donatoris. Ipso jure revocare quid sit. I.
Quæstionis occasio. II.
Donatio non ipso jure infirmatur, sed competit donatori donatæ rei repetitio, sicut datæ rei ob caussam, ea non secuta. III. IV. V. VI.
Donatori, et quidem omni revocatio donationis Justinianeo jure competit. Secus de jure veteri. VII.
Excipitur mater quæ turpiter vivit, et quæ nupsit iterum. Quomodo posterius hoc temperatum. VIII.
Quid si filio mater ejusmodi donavit ob caussam, caussa non secuta. IX.
Recte constitutum a Justiniano licere mulieri aut turpe viventi, aut secundo nubenti donationem ab extraneo revocare; non a filio. Quæ discriminis ratio. X.

His caussis positis, si una aliqua ex his inciderit, sequens locus erat, cum revocationi donationis locus factus est, utrum donatio revocetur ipso jure, an non nisi facto, et revocatione donatoris, et quo facto. Ipso jure quid fieri dicimus, cum quid sine cujusquam facto et opera solo jure perficitur. Ut cum dicuntur sui heredes exsistere ipso jure, ad discrimen extraneorum heredum qui non nisi facto suo exsistunt heredes, nempe aditione aut pro herede gestione. *§. sui autem. Inst. de her. quæ ab intest. def. §. ult. Inst. de her. qual. et diff.* Itaque in proposito donationem ipso jure revocari sic intelligimus, si quæ ita revocaretur, ut statim post supra scriptas caussas ingratitudinis admissas dominium rerum donatarum a donatario recederet, et transiret ad donatorem jure solo sine ulla traditione. Hoc igitur quærimus, an hic constituta sit hujusmodi donationis revocatio ob caussas supra scriptas, an vero facto et repetitione sit opus, et donatarii restitutione.

II. Movet dubitationem *L. si unquam, C. eod. tit.* ubi in donatione quæ revocatur propter susceptos postea liberos, totum quidquid donatum est, ex hac caussa dicitur reverti in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Quibus verbis apparet donationem ita infirmari, ut statim redeat in dominium donatoris. Neque enim aliud est quid in arbitrio et ditione alicujus esse quam in ejus dominio. Quo exemplo non abs re dubitatur, num idem et ex caussis ingratitudinis admitti debeat, cum in eadem donatione inter vivos, quæ a principio valuit, nec ullam conditionem accepit, pares hæ revocationes videri possint.

III. Dicendum est non idem hic admittendum esse, ex caussa, inquam, ingratitudinis donationem non infirmari ipso jure: sed re manente donatarii, ut prius solum actionem esse donatori ad res donatas a donatario repetendas; donatarium ad hoc teneri, ut reddat, similiter ut fieret, si quid nominatim ob caussam datum esset, caussa non secuta. Nam quod ad revocationem *L. si unquam,* attinet, jus in ea singulare est, ut suo ordine dicetur. Quod ideo ad hanc speciem transferri non debet. *L. quod vero, D. de legib.*

IV. Ne dubitetur autem in hac specie nullam esse hujusmodi revocationem donationis, quæ fiat ipso jure; hæc argumenta sunt. Illud inprimis non dubium, quod ex constitutionibus non tantum Justiniani, sed etiam priorum Imperatorum, idest *L. ult* in fin. et *L. 1. C. de revoc. donat.* mortuo donatore post ingratitudinem donatarii, si donator vivus non mutavit voluntatem, non modo dominum rerum donatorum ad heredes ejus non transit, sed nec ulla actio in personam ad revocandam donationem. Non ergo perfecte dominium rerum donatarum ad donatorem vivum redierat, ut dici possent res donatæ esse in arbitrio ejus et ditione. Alioqui omnino futurum erat, ut eo mortuo transiret ad heredem, cum heres in universum jus defuncti, ac maxime in dominum succedat. *L. heres in omne, 37. D. de acq. her. L. cum heredes, 23.* in pr. *D. de acq. poss.*

V. Idem efficitur certis regulis juris, ad quas necesse est et hanc quæstionem, et alias omnes revocari, quandiu posterioribus legibus de earum jure nihil est immutatum. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Si de donatario quæritur, is donatione dominus effectus est. Quod cujusque est, ab eo sine facto ejus recedere nun potest, ex regula juris *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.* Et ut posset recedere: tamen vetat altera regula juris, quominus sine traditione ad alterum transeat. *L. traditionibus, C. de pact.*

VI. His congruunt verba legum, quæ sunt de hac revocatione. Sic verba sunt *L. 1. C. de revoc.* donat. *si ingratus sit libertus, omnis donatio, mutata patronorum voluntate revocanda est.* Primum exigit lex mutationem voluntatis, ut intelligamus, ante quam donator mutarit voluntatem, nihil infirmari in donatione. Sed et mutata donatoris voluntate non dicit revocatam esse donationem, sed revocandam; ut rursum intelligamus etiam post hanc mutationem aliud factum donatoris exigi ad revocandas recuperandasque res donatas. Verba enim legis Justiniani. *L. ult. eod.* ita sunt: *ex his tantummodo caussis donationes everti concedimus. Etsi evertendi* verbum per se tam ad eas donationes pertinet, quæ infirmantur ipso jure, quam quæ donatoris facto; tamen cum additur, *concedimus*, hoc verbo ambiguitas tollitur. Sic enim declarat Justinianus non eam eversionem se intelligere, quæ fiat ipso jure, sed quæ in donatoris voluntatem et factum conferatur, dum se revocationem illi concedere dicit: quandoquidem non conceditur cuiquam evertendi potestas in ea re, quæ jam ante jure sit eversa. Restat igitur alterum, quod dixi, ut sic ex supra scriptis caussis infirmetur donatio, ut nihil amplius tribuatur donatori, quam actio in personam ad res donatas repetendas, quæ tunc donatoris iterum fieri incipient, cum erunt redditæ, aut ex jure reddi debebunt, ut in specie *L. his solis*, vers. 2. *C. eod.* Quod certius intelligetur, cum extremo loco dixerimus, quæ sit hujus revocationis nomine actio.

VII. Hac repetitione ex supra scriptis caussis constituta, tertius erat locus, ut quæreretur, quibus personis hæc revocatio concessa sit jure, et adversus quas. Et Justiniani constitutio, *d. L. ult. de revoc. donat.* ita scripta est, ut hanc revocationem tribuat donatori, eamdemque adversus donatarium ingratum. Atque ita efficiatur obligatio de rebus donatis repetendis, quæ sit inter donantem et accipientem constituta. Et quidem adversus donatarium omnem sine exceptione hæc repetitio est. Omnes enim donatarii ex superioribus admissis pariter ingrati. Nec quisquam excipitur ea lege aut aliis ullis constitutionibus, nisi prius donatori ipsi revocandi potestas sit denegata. Quod tamen in donatoris persona contingit, non donatarii. Non eadem caussa est donatorum. Non omnibus donatoribus ex supra scriptis caussis revocatio tributa est. Olim quidem verisimile est in universum tributam certis tantum personis, puta patronis adversus libertos, parentibus adversus liberos. Certe priores constitutiones, quæ Justinianum antecesserunt, ad has tantum personas referuntur, ut *L. 1. L. his solis. L. penul. C. eod.* Justinianus postea constitutione sua generaliter omnibus donatoribus ex his caussis revocationem dedit. Sic enim loquitur: *generaliter sancimus donationes firmas manere, nisi ex his caussis: ex quibus et donationes everti concedimus.* Repetendum ἀπὸ κοινοῦ generaliter: ut intelligamus generaliter hoc eum concessisse omnibus donatoribus, et ex his tantum caussis.

VIII. Utcumque est, tamen etiam post constitutionem Justiniani manserunt veteres exceptiones in matribus donatricibus constitutæ. Est enim Justiniani constitutio tantum generalis. Nunquam generales constitutiones quamvis posteriores derogant prioribus ad certam speciem ejus generis collatis, quanvis in ea specie contrariis: sed semper species ex genere exempta intelligitur, juxta regulam juris, *In toto jure generi per speciem derogatur. L. in toto jure. D. de reg. jur.* Prioribus autem legibus, puta *L. his solis. C. eod.* ex omnibus donatoribus exceptæ sunt tantum matres, quæ quid in filios donationis caussa contulerunt: neque tamen omnes, sed ex his duo tantum genera. Primum mater, quæ libidinose vivit; quam placeat nullo modo ob ingratitudinem filii res ei a se donatas revocare posse, *d. L. his solis* in fin. Quod jus etiam nunc mansit. Nihil enim hic mutatum est posterioribus legibus, ac nec *Novella* Justiniani *de nuptiis*, quæ mutavit in altero genere, quod sequitur. Ergo ex eadem *L. his solis.* in eadem caussa cum superiore est mater, quæ secundo nupsit, si quid forte in filios prioris matrimonii contulerit, et hi ingrati fiant. Sed hoc jus ut dixi, temperatum est postea a Justiniano *d. Novel. de nupt. 24. §. mater tamen.* Unde *Auth. quod mater. C. de revoc. donat.* Hoic matri tribuit quidem Justinianus revocationem adversus ingratos liberos: sed ex his tantum tribus caussis, si liberi manus impias matri intulerint: si vitæ sint insidiati;

si totius patrimonii jacturam moliti sint. Post quam, constitutionem etiam nunc ex duabus his caussis communibus denegatur matri r vocatio, si injuriæ et contumeliæ filii tantum fuerint quanvis atroces, et si non totius patrimonii jacturam, sed partis tantum non dico molitus sit filius, sed etiam re ipsa intulerit.

IX. Quid dicemus, si mater donaverit filio ob caussam, ut aliquid faceret, et caussa secuta non sit? Etiam nunc ex hac caussa matri repetitionem dabimus ex jure communi, ut et cæteris donatoribus? *L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob caus.* Atqui prius in totum adempta erat matri revocatio ex caussa ingratitudinis, *d. L. his solis.* Inter eas autem caussas Justinianus numerat etiam hanc, cum isti legi donatarius parere neglexit, *d. L. ult. C. eod.* Neque postea idem Justinianus matri ex hac caussa revocationem restituit, *d. Novel. de nupt.* §. *mater.* Sed non fuit opus restituere, quæ adempta non erat. Ademptum illi erat ne revocaret donationem ab ingratis liberis propter ingratitudinem; at non ne revocaret ex conventionis caussa quod illa nunc facit. Inest enim, ut ante dixi, in hoc neglectu duplex caussa ad revocandum donatum, ingratitudo filii, et conventio, ut quod ob caussam datum est, caussa non secuta reddatur. Remota ingratitudinis caussa, quæ matri adempta est, superest matris conventio; qua cum sibi nominatim caverit, ejus obligatio invitæ auferri non potuit. *L. ult. D. de pact. L. pen.* in fin. *D. quæ in fraud. cred.* Ac nec sub appellatione ingratitudinis est adempta.

X. Sed quidquid hic matribus istis ademptum est adversus ingratos liberos, merito quæritur quam recte sit constitutum. Non quod putem, si cujus juris ratio reddi non potest, ideo rejiciendum. Non enim omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio a nobis reddi potest, etiamsi illis optime constiterit. *L. non omnium, D. de legib.* sed quia ipsæ illæ constitutiones Justiniani quibus de hac specie cautum est, constituunt jus sibi ipsi contrarium, et ἀσύςτατον, quo una pars ab altera evertatur, nisi istius ademptionis rationem recte explicamus. Nam si mulier libidinose vivens, atque adeo propter turpem quæstum infamis, ut meretrix, donaverit quid non filiis, sed extraneis, et illi in aliquam caussam ingratitudinis ex superioribus incidant, concedunt superiores constitutiones huic mulieri donationem revocare. Hoc enim tribuitur omnibus generaliter lege Justiniani, *d. L. ult. de revoc. donat.* nec usquam illi adimitur vel prioribus legibus vel posterioribus adversus estraneos donatarios. Quin imo eum illam vetant nominatim revocare donationem adversus liberos, hoc ipso adversus cæteros revocare licere aperte significant. *Argum. in L. qui testamento,* §. *mulier, D. qui testam. fac. poss.* Sed et illud certi juris est, quod jure interdictum non est, id omnibus licere *L. mutus,* 43. §. 1 *D. de procurat. L.* 1. §. 1. *D. de testib.* Nec quisquam dicat, quod hic constitutum est adversus liberos, admittendum esse et adversus extraneos. Nam præterquam quod *L. his solis.* ita scripta est, ut superioribus matribus revocationem adimat tantum adversus liberos prioris matrimonii, etiam regulæ juris ad alios id jus transferri prohibent. Est enim jus singulare, constitutum adversus rationem communis juris, quo ante licuit parentibus omnibus donationes in liberos collatas ob eorum ingratitudinem revocare. *L. penult. C. eod.* Ejusmodi jus, dico singulare illud, vetant regulæ juris produci ad consequentias, *d. L. quod vero, D. de legib.* Quod mulieri libidinose viventi concedi dixi superioribus constitutionibus revocare donationem ab ingratis extraneis, multo magis ei mulieri, quæ secundum aut tertium nupsit, idem concedi iisdem constitutionibus Justiniani intelligendum est; cum et huic pariter adimatur revocatio tantum adversus liberos, et ei in hac ipsa ademptione minus detrahatur, quam superiori. Si mulier ab extraneis ingratis donationem revocare potest, nec turpi vita, aut secundis nuptiis prohibetur: quanto magis huic ipsi licere debuit revocare ab ingratis liberis? nam quo major est reverentia et pietas, quam liberi debent matribus et parentibus omnibus, eo major est et detestabilior eorum ingratitudo adversus parentem ex superioribus admissis, eoque et pœna majore, si non majore at certe pari citius coercenda. Aut si istis matribus propter turpem vitam aut secundas nuptias visum erat denegare revocationem adversus liberos ingratos, conveniebat multo citius ob easdem caussas iisdem denegare adversus extraneos. Quod cum in his contra factum sit, necesse est ipsa inter se contraria videri, et sese mutuo tollere, nisi certa ratio inhibeat hanc revocationem in liberis, quæ ratio non item valeat adversus extraneos. Hanc ergo rationem quærimus, sine qua jus superius probari non potest. Hanc recte et idoneam reddidit Justinianus in *d. Novell. de nupt.* 24. §. *mater tamen.* Ac nisi ille hic nos juvisset, hæreremus. Cum igitur de matre ageret, quæ iterum nupsis-

set, sumpsissetque hoc jus vetus partim confirmandum, partim temperandum, quo ejusmodi matres vetabantur ob ingratitudinem filii revocare res ei donatas: hoc jus primo posuit: simul confirmaturus hanc rationem reddidit, quod cum mater quæ secundo nupsit dicit se revocare donationem ob ingratitudinem filii, non videtur ex animo propter ingratitudinem filii id facere, sed prætextu ingratitudinis quæsito magis de secundis nuptiis cogitare, et ad hanc cogitationem revocationem referre: eo scilicet, ut res filio ablatas in secundum maritum, aut sobolem secundam transferat, docta desiderio, ut amore sequentis matrimonii, non sine magna injuria liberorum priorum, et prioris cum matrimonii, tum mariti. Quod dicit de matre quæ secundo nupsit, idem licet justius de matre libidinosa dicere, ut scilicet cum hæc dicet se ob ingratitudinem filii revocare velle donationem, existimetur magis revocare, ut rebus ad se translatis abutatur ad suas libidines, iisque indulgeat, quam quod de ingratitudine filii cogitet, eamque studeat pro officio coercere. Hæc quidem eadem dici possunt de cogitatione istarum mulierum cum revocant donationem ab ingratis extraneis, a quibus tamen donata revocari posse diximus. Sed inter extraneos et liberos ad inhibendam hanc revocationem hoc interest quod non est odiosum aut iniquum ob ingratitudinem quid adimere extraneis. quoscumque in usus mulier donatrix res receptas collatura sit. At in ista cogitatione auferre res donatas filiis prioris matrimonii, ut sic deinde ad alienos, aut ad res turpes transferas; hoc vero maxime odiosum est, nec putarunt ferendum constitutiones. Cur autem matres donationem a liberis tanquam ingratis revocantes non existimentur ex animo propter ingratitudinem revocare, sed magis, ut transferantur res ad eos usus quos dixi, facit maxime affectus matrum in liberos, quæ propter naturalem vehementem amorem atque indulgentiam erga liberos facile his quasvis injurias remittant.

CAP. XXIX.

Revocationem donationis ex caussa ingratitudinis ita tribui donatori, ut eo non revocante denegetur omnis ejus heredibus. Revocante eo, transeat repetitio ad ejus heredes. Et quam hic revocationem donatoris ad eam rem accipere debeamus.

Donator solus revocat ex pœnitentia donationem; non illius heres ab initio revocat. I.
Ratio definitionis illustrata contrariorum refutatione. II. III. IV. V. VI.
Quotuplex mutatæ voluntatis modus seu gradus in donatore. Et an quilibet revocationem transferat ad heredes. VII. VIII. IX.
Contrariis occurritur. X. XI.
Inimicitiæ capitales sine alia testatione pœnitentiam, adeoque revocationem non probant. Et quare aliud in legatis. XII.

I. His matribus exceptis jus est perpetuum, revocationem donationis ex supra scriptis caussis ingratitudinis tributam esse donatoribus omnibus adversus omnes, qui donatum accepissent. Huic juri consequens videbatur eamdem itidem tribuendam donatoris heredibus, et adversus donatarii heredes, ut sunt regulæ juris communes de actionibus in personam transmittendis, ut mox dicetur. Sed hoc de heredibus donatoris non omnimodo placuit: de heredibus donatarii ambigitur, et in utroque magna obscuritas est ex verbis constitutionum, quibus de hac re cautum est. Quod enim pertineat ad personas eorum, inter quos hæc obligatio et repetitio constituta est, atque adeo tantumdem de priore donatoris jure adimatur, ac de his personis nunc agimus: omnino res postulat, ut hoc loco de utroque dicatur. Et de heredibus donatoris ita cautum est constitutionibus, donatorem ex supra scriptis caussis donationem mutata voluntate revocare posse: sed donatorem tantum: ad hoc autem beneficium heredes ejus non pertinere. *L. 1. C. de revoc. donat.* Item, actionem quæ matri ad revocandam donationem competit, non tribui ejus heredibus. *L. his solis*, vers. *actionem C. eod.* Et quod apertius de re tota comprehensum est lege Justiniani, *d. L. ult. C. eod.* si donator tacuit, si de ingratitudine donatarii querelam non movit, silentio ejus donationem confirmari, nec concedi ejus successoribus suscitare querelam, quam donator silentio omisit.

II. Hic statim occurrit contra regula perpetui juris de actionibus ad heredes transferendis. Sic enim jus est, omnem actionem in personam, quæ alicui compe-

tit, si pœnalis non est, sed rei persecutionem continet, etiam competere heredibus, utpote universi juris defuncti successoribus. *L. quod diximus*, 16. §. *ult. D. quod met. caus. L.* 4. §. *ult. D. de alien. judic. mut. cau. fac.* At revocatio et repetitio rerum donatarum ex caussis ingratitudinis, est actio in personam, quippe donatori adversus donatarium, non autem adversus possessorem constituta. *d. L. ult. de revoc. donat.* Sed et talem esse satis aperte indicat *L. his solis*, *versic. actionem*, *C. eod.* Ac de eo dicetur paulo post suo loco. Eadem etiam pœnalis non est, sed rei persecutionem continet. Persequitur enim id quod donatori abest, quæ definitio est hujus generis actionum in *L. in honorariis*, *D. de oblig. et act.* Quare ex jure superiore perpetuo etiam donatoris heredibus tribui debuit. Dicet aliquis, singulare hic jus esse, constitutum excipiendæ hujus repetitionis caussa ex numero reliquarum ordinariarum actionum, quia ipsa extra ordinem constitueretur præter conventionem. Sed hoc ad defensionem non est satis. Qualiscumque enim actio et petitio est, et quacumque de caussa constituta, simul atque alicui tributa est jure, ita ut in persona ejus consisteret, necessaria consequentia ejus juris etiam ad heredes ejus transit, quamvis sit ad rescindendum jus civile constituta, ut restitutio in integrum. *L. non solum*, *D. de in integr. rest.* Ideo etiam quæ sunt ex maleficio quantumvis pœnales et odiosæ, dantur tamen heredibus, excepta injuriarum actione. §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Idque ratio juris efficit. Nam si hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit. *L. hereditas*, *D. de regul. jur.* heredis hæc persona est, ut succedat in omne jus defuncti, ut et succedit. *L. heres in omne*, 37. *D. de acq. hered.* In jure autem et bonis defuncti numerantur maxime actiones, et persecutiones, quas ille jure sibi tributas habuit. *L. bonorum*, *D. de verbor. signific.* Scio excipi jura personalia, eorumque actiones. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Sed revocatio rei donatæ, cui non persona locum facit, sed caussa, quia scilicet ingratitudo a donatario admissa est, nequaquam existimari potest jus personale. *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. jur.* Excipitur etiam injuriarum actio *d.* §. 1. *de perp. et temp. act.* Sed illa pœnalis est: hæc rei persecutionem habens, quæ ideo longe dissimili in caussa habetur, ut ante ostendi. De quo etiam plura postea. Quapropter nulla ratio est juris, quæ hanc repetitionem, cum semel donatori competierit, heredibus ejus eximat. Atenim exceptam esse apparet, inquies. Sic enim verba sunt constitutionum, ut detur hæc repetitio donatori, denegetur ejus heredibus. *d. L.* 1. *L. his solis*, *L. ult. in fin. C. de revoc. donat.* Sed de verbis constitutionum non ambigitur. Hoc quæritur, an quia non datur heredibus, admittere debeamus exceptum esse a reliquis. Quod si fit, parata est eadem reprehensio. Non enim debuit excipi sine caussa, cum sit adversus jus bene constitutum de actionibus ad heredes trasmittendis. *L. penul. D. de in integr. restitut. L. etsi*, *D. de regul. jur.* Nulla porro hic idonea caussa reddi potest, cur ea actio, quæ magna æquitate tributa est donatori, et tributa ob singularem turpitudinem donatarii, in gratiam delinquentis denegetur donaturis heredibus.

111 Et res ita habet. Neque hic quidquam non recte constitutum, neque adeo superioribus regulis juris adversatur, ut dici debuerit ab his exceptum, et exceptionis quærenda ratio, quæ et re vera nulla est. Quod enim dicitur actiones in personam, quæ alicui dantur, etiam ad heredes ejus transire, manifestum est de his dici, quæ defuncto quæsitæ ei competere cœperant, aut mortuo eo perinde habentur, quasi competere cœpissent. Quod accidit in his, quæ alicui sine conditione dantur, aut dantur quidem sub conditione, sed quæ vivo eo aut mortuo exstiterit. Sic enim priore casu vere actio fuit defuncti in quam propterea hereditatis jure succedit heres: posteriore autem spes quidem tantum conditionalis obligationis: sed et hæc spes extra legata ad heredem transmittitur. §. *ex conditionali*, *Instit. de verbor. obligation.* Quod si cui actio aliqua quæsita non esset: aperte ad eam superior definitio juris non pertinet. Absurdum sit enim dici, eam actionem ad heredem transire, quæ nulla unquam in persona defuncti constiterit. Atque hoc tunc accidit, cum actio tribuitur alicui sub conditione, eaque conditio vivo creditore deficit. Sic fit, ut in hoc genere non modo non adversetur superioribus regulis juris, sed etiam maxime his consequens sit, actionem ad heredem pertinere non posse. Non sane quia excipiatur hic aliqua species, quæ cum fuerit defuncti, ad heredem non transeat: sed quia hic nihil fuerit defuncti, quod transiret ad heredem successionis jure. Certi enim juris est, quod sub conditione defertur, deficiente conditione nec datum videri: sicuti nec quod debetur sub conditione, ante debetur, quam conditio exstite-

rit. *L. cedere, D. de verbor. significat.* §. *sub conditione, Instit. de verbor. oblig.* Atqui hoc evenit in reliquis omnibus actionibus, quæ ex præcedentibus justis caussis alicui constitutæ sunt, ut tribuantur ei sine ulla conditione: certe sine hac, si is velit sibi actionem dari, cui tributa est. In revocatione autem donationis omnis ita jus est, ut quanvis ex justis caussis præcedentibus sit constituta, ut hæc ipsa de qua agimus, ex caussis ingratitudinis antecedentibus; tamen non tribuatur donatori, nisi addita hac conditione, si cum pœniteat donationis, seu si mutaverit voluntatem. Quod nihil aliud est, quam si voluerit hanc revocationem sibi concedi. Sic enim verba sunt *L.* 1. *C. de revoc. donat.* donatio mutata donatorum voluntate revocanda est. Mutata voluntate donatorum, idest, cum donatores mutaverint voluntatem, ut donationem manere nolint: seu si mutaverint voluntatem. Est enim hic ablativus absolutus; cujus generis ablativi in usu auctorum, et maxime juris, resolvuntur in conditionem: ut, restituas hereditatem Titio, acceptis ab illo centum nummis; valet, si centum nummos tibi Titius dederit, tu acceperis, ut sit fideicommissum conditionale (1). *L. a testatore, D. de condition. et demonstrat.* Et ne forte in hac specie id novum cuiquam videatur, idem apertius constitutum est in revocatione donationis inter virum et uxorem, quæ donatori tributa est nominatim hac conditione, si cum pœniteat in *L. cum hic status*, 32. §. *ait oratio. D. de donat. inter vir. et uxor.* quod nihil aliud est, quam id ipsum, quod supra diximus, si donator mutaverit voluntatem. Idem receptum in revocanda donatione, quæ in filiumfamilias a patre collata est. Hæc enim item et superior dicuntur confirmari et manere per silentium donatoris in *L. donationes quas parentes, C. de donat. inter vir. et uxor.* quo significatur sic competere earum donationum revocationem, si donator non sileat. Cum autem in constitutione Justiniani, *d. L. ult. de revoc. donat.* idem dicatur de donatione, de qua agimus, satis argumenti est, eum hujus donationis revocationem concedere ista eadem conditione, si donator non taceat, idest, id dicat, quo declaret voluntatis mutationem, et uno verbo pœnitentiam. Jam vero hæc conditio, si donator mutaverit voluntatem, ita exsistit, si vivus mutet, si vivus pœniteat. Nun mutata voluntate si decedit, conditio deficit. Inest enim hæc conditio, si velit donationem revocare, cujusmodi conditio morte ejus, qui velle debuit, exstinguitur. *L.* 4. *D. locat.* Nam neque mortuus amplius velle potest; nec si velint heredes, quidquam perficiunt ad implendam conditionem: quoniam conditio hæc erat, non si heredes mutent voluntatem, sed si donator. Ipsi autem si mutent, nunquam tamen efficient, ut ideo videatur donator fecisse quod non fecit.

IV. Sequitur igitur, quod dixi, ut cum non mutata voluntate donator decesserit, quia defecit conditio, sub qua revocatio donationis concedebatur, ideo intelligatur nec revocatio illi ita competisse, ut in persona ejus consisteret. Atque hoc rursum si verum: fit cogentibus etiam regulis superioribus de jure transmittendarum actionum, et jure successionis, ut hæc eadem revocatio non possit transire ad heredes, quæ in jure defuncti nun fuit. Heres enim successor est, sed qui succedat in id tantum, quod defunctus habuit, *d. L. heres in omne, de acq. her. L. hereditas, de reg. jur.* Et ut intelligatur certius istam caussam esse hujus revocationis ad heredem non transmittendæ; simul atque sine hae conditione cœpit competere revocatio donatori, statim in ea caussa esse incipit, ut mortuo donatore tribuatur heredibus. Tunc autem incipit competere donatori sine hac conditione, cum ille mutavit volnntatem. Sic enim implevit conditionem; qua impleta, incipit pura esse legis concessio. *Arg. in L. si pupillus D. de cond. inst.* Atque eodem tempore etiam accidit, ut revocatio transmittatur ad heredes. De quo mox dicam.

V. Sed prius occurrendum est dubitationi, quæ hoc loco incidit. Etenim hoc responso videmur quiddam absurdius dicere, quam si hanc speciem singularis juris esse, et a cæteris actionibus exceptum admitteremus. Quid enim caussæ dici potest, cur ex omnibus aliis caussis actiones tribuantur alicui simpliciter, certe sine hac conditione,

(1) Ubi Bart. Gribald. *ad Nub. D. sol. matrim. Q.* 9. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. *n.* 16. qui condictionem, quæ ex ablativis inducitur, majorem vim habere quam alias, et vim etiam dispositionis, quando testator, iisve utens, disponere potest. Covras. *ad L.* 2. §. 3. *de O. I. n.* 2. *et* 3. falsum hoc DD. axioma censet, quia magis accedere soleant dispositioni. *L.* 2. §. *ult. mand.* et si quandoque faciunt conditionem, id non fieri ex vi vel natura ablativorum, sed quia expeesse vel tacite actus ipse suspendens exprimitur, aut eventus, in quem sit suspensio vid. Val. Guit. Forst. 1. *Obs. succis.* 10.

si velit actionem sibi competere: solæ revocationes donationum tribuantur hac conditione, si donator mutata voluntate declaret se velle donationem revocare? Sed et hæc merito istis conditionibus distincta sunt. Differentiæ ratio est, ex voluntate actorum ducta, quæ voluntas in cæteris actionibus hanc conditionem non desiderat; in revocatione donationis desiderat. Nam cæteræ actiones non dantur adversus factum eorum, quibus tribuuntur. Unde nihil proponitur in his, cur non statim velint eas sibi competere, sic deinde se mortuis pertinere ad heredes suos. At revocationes donationum donatori constitutæ aperte tribuuntur adversus factum ipsius donatoris. Ipse est enim, qui donavit eo animo, ut vellet accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti. *L. 1. de donat.* Adversus quod factum cum rem revocat, palam est eum adversus factum suum facere, et se quodammodo oppugnare. Sic omnes homines fere sunt affecti, ne velint a se donatum revocare, omninoque ad existimationem suam putent pertinere, ne revocent, ne scilicet videantur leves, aut avari, vel temere et indicio falsi contulisse beneficium in eos, quos non norant. Denique ut donatario ingrato constituto malint ingratitudinis turpitudinem tanquam infamiam in ipso auctore hærere, quam donationem ob quamlibet caussam revocando inconstantiæ et levitatis aut avaritiæ crimen subire. Quæ cogitatio etiam hanc mentem secum adfert, ut cupiant repetitionem donationis sibi concedi jure sub conditione si eos pœniteat: ne si forte simpliciter tribuatur, ipsis mortuis ad heredes eorum transeat, quod fortasse minime voluerunt. Quam conjecturam voluntatis secutæ constitutiones hanc etiam conditionem adjecerunt. Id autem factum esse constitutionibus eo consilio, ne revocatio daretur heredibus forsan adversus voluntatem ejus, qui donasset, dum eam voluntatem præsumunt, quam dixi, declaratur oratione Severi in revocatione donationis inter virum et uxorem, ubi hæc ipsa ratio totidem verbis expressa est, *d. L. cum hic status*, §. *ait, de donat. int. vir. et uxor.*

VI. Sed meminerimus in constitutione Justiniani non simpliciter revocationem donatoris denegari donatoris heredibus: sed sub conditione (2) si donator tacuit, si vivus querelam ingratitudinis non instituit. Proinde si non tacuit, sed aperte mutavit voluntatem, et donationem revocare se velle ostendit: intelligemus non tantum jure communi, sed etiam superioribus verbis eamdem revocandi potestatem heredibus tribui. Hæc necessaria collectio est, usitata juris auctoribus in omni interpretatione legum, ut sive quid tribuitur lege sub conditione, hinc intelligamus sub contraria conditione denegari: cujusmodi collectio est Papiniani in *L. 1.* §. *hujus*, *D. de off. ejus cui mand. est. jurisd.* Sive quod denegetur sub conditione, hinc sub contraria conditione concessum intelligatur: collectio Ulpiani in *L. procuratorem*, 8. §. *si ignorantes*, in fin. juncto §. seq. *D. mand.* Eademque interpretatio recepta in supremis voluntatibus, in quibus hæ sententiæ ratæ sunt, ut quod sub conditione testamento datum est, id sub contraria conditione ademptum: et contra quod ademptum est sub conditione, id sub contraria conditione eadem voluntate datum videatur. *L. quibus*, 40. §. 2. *L. aliquando*, 107. *D. de cond. et dem.* Recte utrumque et necessario ex natura conditionis: cujus additæ hæc vis est, ut quidquid sub conditione statuitur, id nisi conditio existat, placeat ratum non haberi. Ex quo est, quod placet in obligationibus et testamentis, si quid promittatur, legetur sub conditione, non prius deberi, exitum habere, quam conditio exstiterit. *L. cedere*, *D. de verb. sign. L. si post. D. quand. dies usufr. leg. ced.* Nihil autem interest, utrum dicamus deficiente conditione legem quid non dare, aut quid concedere: an vero sub contraria conditione idem non dare aut concedere: quoniam ubi deficiente priore conditione quid deneges, aut concedas, necesse sit in eo inesse hanc conditionem si aliter evenerit, quam prior conditio exigebat: quæ jam contraria priori conditio est.

VII. Hoc posito, quæremus jam in hac specie, quam in donatore mutationem et revocationem voluntatis accipere debeamus, ut decedente eo transferatur revocatio donationis ad ejus heredes. Potest enim donator voluntatem mutare, et movere querelam ingrati donatarii tripliciter, vel ut extra judicium tantum testetur se donationis pœnitere, atque hanc revocare; vel ut ad judicium usque procedat litem movens donatario, et donata judicio repetens. Idque rur-

(2) *C. ult. extra de donat.* Gomez 2. *Resol.* 3. *n.* 14. P. Greg. 28. *Synt. de n.* 8. quia, inquit, delicta sunt personalia et remissa videtur dissimulatione injuria. Excipiunt, nisi nesciverit ac repentina morte præventus, Catellin. Cotta *in Memor* v. *donatio perfecta revocari potest*, *etc.* Beust. *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 195.

sum dupliciter, vel ut actionem instituat tantum, nec perveniat ad litem cum donatario contestandam; vel ut ad hanc ipsam contestationem perveniens judicium, et judicati actionem de rebus revocandis sibi constituat. Quæ omnia ad actiones transferendas aut perpetuandas non eamdem vim habere constat, §. 1. in fin. *Inst. de perp. et temp. act.* Quærimus igitur ad transmissionem hujus revocationis, putemusne necessariam esse de revocanda donatione litis contestationem donatoris; an sine contestatione saltem necesse sit actionem de ea re instituisse; an vero etiam extrajudicialis mutatio voluntatis ad transmissionem sufficiat. Et de litis contestatione dubitari non oportet, quin si donator judicio egerit adversus donatarium, et litem cum eo sit contestatus, deinde pendente judicio decesserit, actio transeat ad heredes ejus. Certi enim juris est, actiones omnes, etiam eas quæ heredi, et in heredes nominatim denegantur legibus, si semel ab actore per litis contestationem judicio inclusæ sint, ut perpetuæ fiant, ita et heredibus dari, et in heredes. *d.* §. 1. in fin. *de perp. et temp. act. L. sciendum, D. de oblígat. et action. L. ult. C. de hered. tut.* Itaque hoc jus etiam ad revocationem maternam pertinebit. Quod eo monemus, quia absolute scriptum est in *L. his solis*, versic. *actionem. C. de revocand. donat.* actionem, quæ matri datur ad revocandam donationem ab ingratis liberis, non tribui ejus heredibus. Nos vero sciamus non prohiberi nos illis verbis, quominus si mater actione mota adversus filium etiam litem cum eo contestata sit, certo statuamus quandoque ea decedente actionem ad heredes ejus transire, ex superiore regula juris. Et merito. Judicio enim, id est judicio accipiendo, et litis contestatione contrabitur obligatio judicati inter litigatores. *L.* 3. §. *idem scribit, D. de pecul.* Omnis autem obligatio ex contractu transit ad heredes creditoris, *d.* §. 1. *Instit. de perp. et temp. act.*

VIII. Quid, si donator agere cœperit tantum, dum donatarium ingratum in jus vocat donata repetens, deinde morte præventus litem contestari non potuerit? Nihilominus ex verbis constitutionis revocatio dabitur ejus heredibus. Exigit enim constitutio, ut donator querelam instituat prius, *d. L. ult. de revoc. donat.* Omnis autem querela, atque adeo actio omnis instituitur in jus vocatione. §. *ult. Instit. de pœn. tem. litig.*

IX. Quid, si extra judicium tantum mutarit donator voluntatem? Hic plerique ambigunt, putantque hoc facto revocationem ad heredes donatoris non transire. Primum moti exemplo actionis injuriarum, et similium, quæ heredibus non competunt. Nam hanc revocationem volunt esse ex injuria, aut similem injuriarum actioni. Moti præterea *d. L. his solis*, in versic. *actionem*, ubi nominatim hæc actio et revocatio denegatur heredi matris donatricis, quanto magis heredibus extraneorum donatorum? Id autem hanc significationem habet, ut lite quidem contestata transire possit ad heredes actoris; ante autem non transeat, quæcumque voluntas actionis movendæ; atque adeo quæcumque actionis institutio præcesserit. Ut fit in actione injuriarum tantum ideo quia heredi ejus qui injuriam passus est. *d. L. injuriarum*, 28. *D. de injur. d.* §. 1. *Instit. de perp et temp. act.* Sed verius est, simulatque pœnitentia et mutatio voluntatis donatoris secuta est quamvis extra judicium, moriente deinde donatore revocationem ad heredes ejus transire. Ut puta, sufficiet hoc modo donatorem dicere testato, seu coram idoneis testibus: Ego illam aut illam injuriam atque ingratitudinem passus sum a Titio, cui donavi nonnulla vel pleraque, aut etiam omnia. Hanc injuriam ad animum meum revoco, et testor apud vos jam nunc animo donationem revocare, vel pœnitere me donationis. Ejus rei mihi testes estote. Sufficiet, inquam, sola hæc testatio, ut donatore postea decedente revocatio detur ejus heredibus. Id efficiunt aperte verba constitutionis Justiniani. *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* Illic enim denegatur revocatio heredibus nominatim sub conditione, si donator tacuit. Ex quo intelligi dixi, si donator non tacuit, sed de pœnitentia et mutatione voluntatis testatus est; et ut loquitur eadem constitutio, si querelam de ingratitudine donatarii prius instituit: revocationem eamdem heredibus concedi. Exigit ergo constitutio ad hanc transmissionem pœnitentiam tantum et mutationem voluntatis donatoris, et hujus querelam, nec adjicit qualem; judicialem puta, aut extrajudicialem. Proinde sive eum pœnitebit in judicio, sive extra judicium, ubi aperte de ingratitudine donatarii queratur, et se revocare donationem testetur, transmissioni locus erit ex constitutione. Ubicumque enim eum pœnitebit, quereturve, semper verum erit id factum esse, quod verbis legis continetur. Sic est interpretatio legum apud omnes auctores juris, ut quoties lex generaliter scripta est, nec quidquam adjicit, quod ad hanc vel illam personam, vel

rem, vel speciem scriptum referri intelligamus, toties putetur ea generaliter accipi debere, ut pertineat ad omnia, quæ verbis comprehenduntur. *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod met. caus. L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Publ.* Sed et hoc idem vel maxime declaratur exemplo donationis inter virum et uxorem. Nam et hujus donationis revocatio donatori concessa est eadem ista conditione, qua revocatio donationis simplicis ex caussis ingratitudinis, nempe si donatorem maritum pœniteat, idest, ut nunc loquimur, si non taceat, si mutet voluntatem. Quod si non mutet, placet eodem modo silentio ejus confirmari, ut revocandi potestas non detur heredibus. At pœnitentia et mutatio voluntatis in ea donatione sic accepta est, ut sufficiat donatorem ubivis etiam extra judicium testari se pœnitere, placetque cum id fecit, revocationem heredibus ejus tribui. *L. cum hic status*, 32. §. *ait* in fin. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Quapropter et in donatione ob ingratitudinem revocanda, si idem donator fecerit, eodem exemplo revocationem tribuemus heredi, quando hæc revocatio eadem conditione atque iisdem verbis conceditur vel negatur in *d. L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.*

X. Non movebit nos ex adverso exemplum actionis injuriarum. Constat quidem hanc heredibus ejus qui injuriam passus est, non dari, nec si qua est huic actioni similis, tantumque id contingere, cum lis erit de ea actione contestata, *d.* §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Sed revocatio, quæ conceditur ex caussa ingratitudinis non nascitur ex injuria. Non nasceretur quidem ut plurimum revocatio, nisi donatarius fecisset injuriam, ut indicant superiores caussæ ingratitudinis: sed prima caussa est ex eo, quod donatum est hac tacita conditione, ut revocandi jus esset, si donatarius se ingratum præberet, ut dicetur postea extremo loco. Et ut forte quis concedat revocationem esse ex injuria: non est tamen hic actio injuriarum ad revocationem, aut ulla injuriarum actioni similis. Injuriarum enim actio pœnalis est, *d.* §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* §. *pœna. Inst. de injur.* Et huic similes etiam pœnales, qualis est actio in calumniatores. *L.* 4. *D. de cal.* Quam ob caussam etiam præter injuriam denegantur heredibus. Argumento est, quod quæcumque rei persecutionem continent, etiam heredibus dantur, ut supra diximus. *d.* §. 1. *de perp. et temp. act. d. L. quod diximus*, §. *ult. D. quod met. caus.* At hoc etiam ante ostendimus, revocationem donationis, de qua agimus, rei persecutionem continere. Quo fit, ut contraria de caussa statui debeat hanc revocationem ad heredes transire, si donator voluntatem mutaverit.

XI. Sane in *L. his solis*, *C. de revoc. donat.* ita matri donatrici actio datur ad revocandam donationem ab ingratis liberis, ut absolute et nominatim denegetur ejus heredi. Quod cum fit, nunquam actio ita constituta ad heredem ejus, cui competebat transmittitur ullo facto, ullave testatione, ut in jus vocatione creditoris: sed ita, si judicio egerit, et litem cum adversario sit contestatus. Argumento est actio injuriarum, quæ, ut dixi, heredi denegata legibus, ideo non aliter transit ad heredes, quam si erit lis eo nomine contestata. *d.* §. 1. in fin. *Instit. de perp. et temp. act. L. injuriarum*, 28. *de injur.* Sed hoc in *d. L. his solis.* singulari jure constitutum est in matre: id est ita constitutum, ut proprium esset matris, nec pertineret ad alios donatores. Sic enim verba sunt legis *actionem vero matris ita persona'em esse volumus, ut nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.* Si vellet lex commune jus esse, ineptum fuit jus nominatim ad matrem donatricem referri, quod ad omnes donatores ex æquo pertineret. Nunc autem ait lex, actionem autem matris ἰδιοπαθικῶς, ut hac adjectione aliorum donatorum de eadem re actionem removeret. Et ut quis dicat fortasse auctorem id non spectasse: tamen hoc tenebimus, cum id jus constitutum sit nominatim tantum in matre, sitque contra rationem juris communis, quod est de transmittendis actionibus, esse jus ejusmodi, quod non sit producendum ad consequentias, etiamsi maxime concederemus in donatorum extraneorum heredibus eamdem rationem aut majorem efficere, ut his citius actio denegetur; utpote quibus minus debuerit donatarius natura. *L. quod vero. D. de legib.* Sed tamen ne similitudo ista rationis hic nos teneat; propriæ sunt in matre rationes, cur revocatio denegetur ejus heredibus, quæ hujus heredes recte distinguant a cæterorum donatariorum heredibus. Una ex affectu matrum petita. Nam cum sit naturalis et vehemens amor matrum erga liberos, ut ante dixi, verisimile est, eas nisi revocaverint efficaciter donationem, aut litem contestando novam actionem sibi quæsierint, morientes malle donatum apud filium quamvis ingratum manere, quam transferri forte ad extraneos. Sive quod illo amore cogente facile existimari potest injuriam remisisse filio mater; sive

quod nemo videtur alienas successiones suis anteponere. *L. cum acutissimi, C. de fideicom.* Altera ratio est, quam lex ipsa superior sibi proposuit. Qoam enim actionem ad revocandam donationem matri dedit, ita dedit, ut vellet eam vindicationis effectum habere in revocanda donatione. Consequens igitur fuit, ut eumdem effectum constitueret in ea actione transmittenda. Is autem est inter cætera, ne daretur heredi, sicoti nec datur vindicatio.

XII. Matre ergo donatrice excepta constitutum hoc erit in omnibus donatoribus, ut quomodocumque testatus erit donator post ingratitudinem donatarii se pœnitere donationis, et donationem voluntate revocare, sive id faciat ultro agendo jodicio, sive extra judicium nulla constituta actione, exinde revocandi potestas etiam tribuator donatoris heredibus. Quo loco quæsitum scio, an ad hanc pœnitentiam, et revocationem probandam sufficiat intervenisse inimicitias capitales, vel gravissimas inter donatorem et donatarium, ut hæ solæ sine alia testatione sint argumentum mutatæ in donatore voluntatis et donationis revocatæ, sitque hoc satis ad transferendam ad ejus heredes actionem. Et in legatis putantur sufficere ejusmodi inimicitiæ, cum inter testatorem et legatarium intercesserint ut existimetur testator mutata voluntate legatum ademisse. *L. 3. §. ult. D. de adim. leg. L. si inimicitiæ, D. de his quæ ut. ind.* Quod (3) non item probandum est in ea revocatione, de qua quærimus. Prohibet enim Justiniani constitutio, quæ post ingratitudinem donatarii exigit amplius ad revocationem trasmittendam, ut donator non tacuerit, sed instituerit querelam ingratitudinis, Quod si ex ipsis inimicitiis intelligeretur statim revocata esse donatio, nihil ista nova testatione et querela esset opus; sed tacente etiam donatore transiret revocatio ad heredes: quoniam non potuit magis donatarius declarare inimicitias, quam plerisque factis superioribus, quæ posuit Justinianus inter caussas hujus revocationis. Hoc autem contra constitutionem. Et certe alia caussa est supremæ voluntatis, in qua nihil turpe fit a testatore, si quovis modo legatum revocetur; cum natura sua ita sit suprema voluntas, ut sit ambulatoria usque ad supremum vitæ spiritum. *L. 4. D. de adim. leg.* Alia caussa donationis inter vivos, quæ ab initio voluntate donatoris perfecta sine aperta voluntate donatoris revocari ab heredibus ejus non debet, utcumque donatarius in illum ingratus fuerit.

(3) Diss. post alios Mozz. *de Donat. Col. ult. n.* 14.

CAP. XXX.

Quæ donationis revocatio non potest incipere a donatoris heredibus, eam sic donatori revocanti tribui, ut ei non solum incipere possit adversus donatarium, sed etiam eo nondum mutata donatoris voluntate mortuo, adversus ejus heredes. Unam caussam esse, in qua hæc revocatio pariter detur ab initio et donatoris heredibus, et donatori adversus donatarii heredes. Eam esse, cum quid nominatim dunatum est ob caussam, ut donatarius quid faceret, aut non faceret, et caussa secuta non est.

An si vivente donatario tacuit donator, possit mortuo ab heredibus revocare donationem. I.
Quæstionis caussa et ratio. II.
Donatori liberum revocare quandocunque donationem, a donatario et ab heredibus. III.
Momenta definitionis. IV. VI. VII. VIII.
Contraria removentur. V. IX. X. XI. XII. XIII. XIV.
Superiorum collectio. XV.
Revocatio donationis ex quinta ingratitudinis caussa competit etiam heredi donatoris, et adversus promissoris heredes. XVI.
Contraria diluuntur. XVII.

I. Hæc de heredibus donatoris. Videamus de donatarii heredibus. In quo hoc quæritur, an quemadmodom donationis revocatio non competit heredibus donatoris, si is dum vixit, tacuit, nec verbis atque animo revocavit donatione; ita si tacuit donatario vivo nec tribuatur ei adversus donatarii heredes: et in summa an quemadmodum heredi non datur, sic nec detur in heredem.

II. Quæstio anceps propter constitutiones de hac parte maxime parum dilucide atque adeo obscure scriptas. Et quidem ita scriptæ sunt, ut plerosque omnes induxerint in hanc sententiam, ut existiment, si dona-

tor adversus donatarium vivum querelam ingrati non moverit, nec dari ei querelam adversus donatarii heredes, quasi injuria dissimulatione eius abolita, ut fit in actione injuriarum. *§. ult. Inst. de injur.* et quia injuria cohæreat personæ. Hoc quidem pro explorato posuit (1) Baldus ad *L. 1. et L. his solis, C. de revoc. don.* Salicetus ad *L. 1. eod.* Nec temere omnino. Ipsa enim verba constitutionum prima facie hoc statuere videntur. Nam in *L. ult.* versic. *ult. C. eod.* ita verba sunt: *hoc tamen*, id est hanc revocationem donationis quam dedimus. *usque ad primas personas tantummodo stare censemus.* Primas personas quas intelligat nisi eas de quibus ante continenter locutus erat Justinianus? eæ autem sunt donator et donatarius. Quod si extra has personas non progreditur revocatio; nempe hoc significatur, non progredi ad heredes atque ita fieri, ut neque detur hæc revocatio heredibus donatoris neque in donatarii heredes. Sed et in *L. his solis, eod.* diserte scriptum est, hanc revocationem nec tribui heredi, nec dari in heredem. Accedit non improbabile hoc argumentum superioris sententiæ, quod constat hanc revocationem donatoris heredibus denegari. *L. 1. d. L. ult.* in fin. *C. eod.* Sequitur enim, ut dicendum sit multo magis denegari in heredes: quia facilius detur aliqua actio heredi, quam in heredem, ut paulo post dicetur.

III. Nos autem potius ita statuamus, donatoris quidem heredibus hanc revocationem non competere, ubi donator tacuit, quia hæc in donatoris gratiam constituta sit: at donatori ipsi hac ipsa de caussa perpetuo dari dum vivit, non solum adversus donatarium, sed etiam adversus ejus heredes, quanvis vivo donatario ullam quæstionem donationis non moveat.

IV. Hujus sententiæ complura sunt argumenta, et ea certa, sive rem spectari placet ex regulis juris communibus, quæ constitutionibus in hac specie non mutantur; sive ex verbis constitutionum huc pertinentium, sive exemplo similium revocationum. Tot enim sunt, ex quibus hujus sententiæ confirmatio ducitur. Primum illud prope exploratum ex regulis juris certi. Omnis actio in personam rei persecutionem continens simul ut in aliquem cœpit competere, etiam in heredes ejus competit, tantumque in heredes denegantur, quæ sunt pœnales. *§. 1. Instit. de perp. et temp. act.* Adeoque id verum est, et perpetuum, ut quanvis actio sit ex delicto, si tamen rei persecutionem tantum contineat, nihilominus detur in delinquentis heredes. Exemplo est condictio furtiva; quæ cum nascatur ex certissimo delicto, nempe furto; tamen quia rei persecutionem habet, etiam heredem furis obligat. *L. si pro fure, §. ult. D. de condict. furtiv.* Jam autem ostendimus revocationem rerum donatarum, quæ persequitur id quod nobis abest, rei persecutionem continere. *L. in honorariis, D. de obligation. et action.* Quare in donatarium competens sub ea conditione, quæ mortuo donatario impleri potest, nempe si donator voluntatem mutaverit, etiam hac conditione impleta in donatarii heredes competet ex regula superiore. Cui regulæ congruit illa altera, qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. *L. qui in jus, D. de regul. jur.* Id cum ita sit, necesse est hoc jus etiam nunc post costitutiones posteriores manere, nisi specialiter sit immutatum. *L. præcipimus,* in fin. *C. de app.* At nusquam posterioribus constitutionibus excepti donatarii heredes, in quos hæc revocatio non daretur, præterquam in matre donatrice. in qua jus singulare est, ut postea dicetur. Quinimo cum de heredibus ageretur tum in *L. 1.* tum in *L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.* utroque in loco solum donatoris heredibus nominatim hæc revocatio adempta est, de donatarii heredibus nullum verbum; ut potius contra intelligamus, quæ prioribus denegatur, in posteriorum persona relinqui. *arg. L. cum prætor.* in princ. *D. de jud.* Quidquid id est, certe nusquam in donatarii heredes denegatam donatori revocationem constat in superioribus constitutionibus. Quo fit, ut etiam post has constitutiones jus commune in hac revocatione manere debeat.

V. Nec ad donatarii heredes adversus regulas superiores excludendos quidquam profuerint illa verba *L. ultim.* in fin. *C. de revoc. donat.* hanc revocationem *usque ad primas personas stare* volumus. Nam ut concederemus his verbis contineri tam donatarium, quam donatorem, eoque iisdem verbis excludi utrinsque heredes: tamen quia ambiguum et obscurum id est, nec actione in donatarium constituta, excipiuntur exprimunturque specialiter ejus heredes: non est id satis, ut præter regulas juris istos heredes exceptos intelligamus. Non enim a regulis veterum legum et constitutionum ita discedi placet, si quid deinde videri possit gene-

(1) Et DD. communiter ref. Gomez. 2. *Resol.* 3. *n.* 14. quia statuunt actionem hanc descendere ex delicto ad vindictam.

raliter mutatum, sed si quid contra expressum sit specialiter, ut sunt verba *d. L. præcipimus, C. de appellat.*

VI. Sed et hæc sententia ex ipsa constitutione Justiniani attendenti liquido colligitur non uno modo. Primum in *extremo* de donatoris et donatarii heredibus loquens ita scribit: si donator tacuit, ut silentium nocuit vivo, sic se nec heredibus ejus revocationem concedere vel adversus donatarium, vel adversus ejus successores. Ergo si donator non tacuit, sed querelam instituit, hæc revocatio ex his ipsis verbis heredi dabitur, et multo magis donatori ipsi si adhuc vivat, idque et adversus donatarium, et adversus successores ejus. Dixi paulo ante hanc collectionem ut necessaria est ex vi deficientis conditionis, ita usitatam esse omnibus juris auctoribus. Videndum deinde, quomodo tribuatur hæc revocatio donatori *eadem lege* in versic. *ex his enim.* Nempe generaliter, ut fiat ei potestas simpliciter evertendæ donationis, nec adjicitur quamdiu, aut adversus quem. Unde intelligimus fieri ei potestatem donationis revocandæ quamdiu vivit, et adversus omnes ad quos pervenerit donatio. Proinde et adversus donatarium, et adversus heredem ejus, qui in eam donationem successit. *argum. in d. L. metum. 9. §. 1. D. quod metus caus. L. item veniunt, §. petitam,* versic. *a quo, D. de hered. pet.* Dicet aliquis, hoc ita esse, nisi postea excludantur eadem lege donatarii heredes. Excipi autem illis verbis, cum jubet constitutio banc revocationem stare usque ad primas tantum personas. Sed his verbis aut non continetur donatarius, aut si quis contineri putat, non tamen excluduntur ejus heredes, quominus donator vivus et non tacens recte adversus eos experiatur. Ut paulo post ostendemus, cum de eo loco respondebimus ex professo.

VII. Tertio loco expendatur, et illud, quod scribit Justinianus de heredibus *extremo loco.* Nam cum prius dedisset revocationem donatori adversus donatarium, restabat nisi quid exciperet de horum heredibus, ut intelligeremus eamdem revocationem dari et heredibus et in heredes, juxta regulas juris. De eo ergo cum ageret in *extremo*, quos hic excepit heredes? donatoris solum, quibus hanc revocationem se concedere negat: de donatarii heredibus in quos non daret, siluit. Vel hoc certissimum argumentum esse debet, quam revocationem heredibus ademerat, hanc illum relinquere in donatarii heredibus, quam det donatori adversus illos. Sive quod cum ex pluribus personis in quibus de eadem re his concedenda, aut denegauda agitur, quibusdam quid adimitur, recte placet cæteris id concessum videri. *L. cum prætor,* in pr. *D. de jud.* Sive quod qui ex regula generali præcedente speciem unam excipit, is exceptione ipsa regulam aperte confirmat in casibus omnibus non exceptis. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa. D. de inst. et inst. leg.*

VIII. Postremo spectetur et ratio Justiniani, cur velit jus esse donatori ex supra scriptis caussis ingratitudinis donationem revocare. *Ne sit,* inquit, *cuiquam licentia et alienas res capere, et frugalitatem irridere donatoris, et ipsum insuper donatorem suasque res perdere, et præfatis malis ab ingrato acceptore affici.* Quid horum non convenit in heredem donatarii res donatas donatori reddere recusantem si jure licet ei hoc facere? Sic enim et alienas res capiet, quæ per donatarium ad eum pervenerunt, et donatorem æque irridebit, atque defunctus ipse irrideret. Quinimo id etiam faciet ex persona donatarii: ad quem nisi prius pervenisset donatum, non perveniret ad ejus heredem, eoque nec donatoris ab herede irridendi occasio. Simul donator eodem afficietur damno, et quam prius accepit a defuncto injuriam, ea manebit. Cur dubitemus igitur ad quos legis ratio pertinet: ad eos etiam legem pertinere? *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Dabitur ergo donatori revocatio donationis adversus donatarium, ex superiore ratione; et quia eadem valet adversus donatarii heredem, etiam adversus hunc dabimus, ne fiat, quod lex adversus donatorem fieri noluit. Quod si exemplum hujus sententiæ quæritur, est expositum in donatione inter virum et uxorem. Nam et ejus donationis revocatio denegatur heredibus donatoris, itidem ut hujus nostræ. Ipsi tamen donatori quamdiu vivit, datur etiam adversus donatarii heredes. *L. cum hic status, §. si divortium. D. de donat. int. vir. et uxor.* Quidni et ea de qua agimus, quando hæc eadem conditione datur donatori, et eodem silentio confirmatur?

IX. Sed opponuntur huic sententiæ tria illa, quæ attigi initio: de quibus jam respondebo ordine. Et in primis qui contra sentiunt, urgent illa verba. *d. L. ult.* vers. ult. *de revoc. donation.* Hoc, id est hanc revocationem donationis, quam donatori dedimus, volumus stare usque ad primas tantum personas.

X. Primas personas multitudinis numero cum dixerit, non possumus intelligere nisi plurium personas, et eorum de quibus prius locutus erat. Ergo non donatoris solius,

sed et donatoris et donatarii, quos paulo ante nominaverat. Hoc autem stare videlicet hoc beneficium usque ad primas tantum personas, nihil aliud est, quam ad heredes, quæ sunt secundæ a defuncto personæ, non pervenire. Quod si ita est, excluduntur aperte his verbis ut donatoris, sie donatarii heredes, fitque hoc modo, ut quemadmodum non tribuitur hæc revocatio donatoris heredi, sic nec detur in heredes donatarii. Quem locum etsi prius attigi: tamen quia de eo sibi plane satisfieri volunt, qui eo utuntur, dicam explicatius, quod ad eam rem conferatur. Hic vero nobis duplex responsio est. Primum hæc verba, usque ad primas personas, ambigua esse, ut ante indicavi. Possunt enim sic accipi ut modo dicebamus, et quidem, fateor maxime prioribus verbis convenienter. ut sit, usque ad primas personas donatoris et donatarii. Sed possunt etiam accipi hoc modo, ut non minus recte retineatur numerus pluralis personarum, ut sit, usque ad primas personas donatorum, et eorum quibus revocationem donationis dedimus. Hæc ambiguitas si explicatur sequentibus verbis legis, et ibi ad personas donatorum restringitur, hanc solum sententiam et interpretationem sequi debemus, ut faciendum esse docemur in *L. utrum D. de her. pet.* Quippe in ambiguo sermone non utrumque dicit, qui loquitur, sed id tantum quod voluit. *L. 3. D. de reb. dub.* Non aliunde autem voluntas loquentis melius perspicitur, quam ex sequentibus, quæ explicationis vice subjici solent.

XI. At manifestum est in *eodem versu extremo ejusdem L. ultim.* Justinianum dum priorem illam sententiam de primis personis explicare vult, detrahere tantum revocationem donatoris successoribus: de donatarii heredibus, ut adversus eos donatori ipsi deneget, nullum verbum facere. Ex quo apparet, eum superioribus verbis primas personas tantum donatorum intellexisse, ut quorum heredibus nominatim revocationem adimeret: donatarii autem personam non intellexisse, adversus cujus heredes revocationem non adimendo aperte adversus eos reliquerit. Sed etsi nihil adjiceretur in lege Justiniani; sententiæ generalis et ambiguæ explicatio ex aliis locis recte peteretur. Qualiscunque est enim generalis concessio aut denegatio, ea sic accipi jubetur, ne pugnet cum aliis partibus et regulis juris. *L. si quando. in pr. C. de inoff. test. L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* At in *L. 1. C. eod.* tantum hoc jus revocandi jubetur stare inter ipsos qui liberalitatem dederint. Quo dicto non adimitur ipsis adversus donatarii heredes Sed et regulæ juris actione in donatarium constituta etiam dant actionem in heredes. His posterior constitutio generalis non derogat, nisi quatenus specialiter contra quid expressum est. Ut ante diximus *d. L. præcipimus.* Demus tamen superiora verba accipienda esse de primis personis donatoris simul et donatarii. Hic altera nostra responsio est, eaque non paulo tutior, non ideo his verbis effici, quominus donatori ipsi perpetuo dum vivit revocatio tribuatur, cum adversus donatarium ingratum, tum mortuo eo adversus ejus heredes. Quod enim Justinianus jubet revocationem stare usque ad primas tantum personas, non simpliciter jubet, sed sub conditione quam postea subjicit, si donator scilicet tacuerit. Hujus conditionis hanc vim esse, jam satis supra ostendi, ut si donator non tacuit, tum stare non debeat revocatio intra primas personas, sed progredi etiam ad personas heredum. Proinde si donator non tacuit, vis hæc est, ut dari debeat revocatio ex ipsa constitutione et heredi ejus, et ei ipsi multo magis adversus donatarii heredes. Porro quandiu vivit donator, et revocat donationem, sive id faciat adversus donatarium, sive adversus heredes donatarii, semper verum est eum non tacere. Quare impleta conditione legis etiam ei adversus donatarii heredes revocatio semper dabitur. Neque ei oberit, quod forte tacuit donatario vivo. Non enim erat hæc conditio, si donator taceret aut non taceret adversus donatarium viventem; sed si taceret aut non taceret simpliciter, ut sunt verba constitutionis.

XII. Secundo loco opponitur. *L. his solis, vers. actionem, C. eod.* ubi in donatione matris diserte denegatur donationis revocatio heredi pariter et in heredem; heredi quidem matris donatricis, et donatrici ipsi in heredem donatarii. Et est ita, ut hoc in matre ita constitutum esse negari non possit. Sed quod de revocatione heredi matris donatricis denegata supra diximus; hoc idem de eadem matri ipsi adversus heredes donatarii denegata volumus intelligi; totum hoc jus videlicet singulare esse in matre, constitutum adversus rationem communem juris, quo actiones rei persecutionem continentes et heredi dantur, et maxime ipsi creditori in debitoris heredem, cum sint actorum caussa comparatæ. Ideirco et matris revocationem in hac caussa exceptam videri debere ex numero reliquorum donatorum, et quod jus hic constitutum est, ut

singulare non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero. L. jus singulare, D. de legib.* Ac cur denegetur heredibus matris hæc revocatio, minus mirum potest videri. Nam quæ actio comparata est matris caussa injuriam passæ, nulla injuria est, si vetatur ad alios pertinere, qui idem passi non sunt. At hoc non videtur carere injuria, si ipsi matri quæ injuria affecta est, quamdiu vivit, denegetur hæc actio quanvis adversus filii ingrati heredem: cum nullus sit favor heredis, cur actio alioqui non pœnalis adversus eum denegari debeat. Sed hoc eo iniquius, si cæteris donatoribus non denegetur hæc actio adversus donatarii heredes, ut volumus; matri soli denegetur adversus heredes filii; cum fuerit æquius matri consuli adversus filii injuriam, qui adversus pietatem delinquendo, gravius multo crimen admisit. Sed et huic parti idem ille vehemens ac singularis amor matris in liberos caussam dedisse recte putetur. Nam si in delicto injuriæ existimatur is, qui injuriam passus est, nisi adversus delinquentem egerit, et litem contestatus erit, injuriam quodammodo dissimulatione aut cessatione sua abolevisse, quo fiat, ne detur in heredem. *§. ult. Inst. de injur. §. 1. Inst. de perp. et temp. act.* multo proclivius est existimari matrem superiore amore victam libenter et ex animo idem fecisse in ingratitudine filii, si priusquam litem de ingratitudine cum eo contestaretur, ille decesserit. Quo facto sequitur, ut in heredem filii dari non debeat. Huc accedit ratio *d. L. his solis*, quæ præcipue adversus heredes filii valet. Nam cum voluerit lex actionem matris quam ei ad revocandam ab ingrato filio donationem dedit, ita personalem esse, ut tamen post jurgium cœptum haberet effectum (2) vindicationis: consequens fuit et illud maxime, ne ei daretur in heredem: quoniam vindicatio quæ adversus possessorem solum comparata est, adversus heredem nisi et ipse possideat, ante litem cum defuncto contestatam competere non potest. *L. si in rem, 42. L. si in rem, 51. et L. seq. D. de rei vind.*

XIII. Postremo ut existimetur hæc revocatio in universum nec dari donatori ipsi adversus donatarii heredes, satis argumenti videri possit esse in eo, quod heredi donatoris non datur. Facilius enim datur actio heredibus, quam in heredes, tanquam illud minus sit, hoc majus eoque et difficilius. Indicio sunt actiones pœnales: quæ omnes dantur heredibus excepta injuriarum actione: at nullæ dantur in heredem. *§. 1. Inst. de perp. et temp. act.* Quare si qua actio heredi non datur, consentaneum est multo minus in heredem dari. Nam cui denegatur quod minus est, multo citius denegatur quod est majus. Denegatur revocatio donationis heredibus donaturis. Denegetur igitur etiam donatori adversus heredes donatarii. Sed in hac argumentatione neque verum est quod sumitur, nec si verum sit, et efficiat quod vult, quidquam adversatur. Primum illud verum non est, majus esse heredi actionem dari, quam in heredem. Imo par utromque et ex una eademque caussa nascitur. Quæ actio defuncto competierat, ea datur heredi: quia heres in jus defuncti succedit. Quæ competierat in defunctum, datur in heredem: quia eodem successionis jure heres ut in incommoda, sic in onera et incommoda hereditaria succedit. *L. heres in omne. D. de acq. her. L. 1. 2. 3. de bon. poss. L. qui in jus, D. de reg. jur.* Ideo quæ rei persecutionem continent, ex æquo ut heredi, ita et in heredem competunt. *§. 1. Inst. de perp. et temp. act.* Cur ergo pœnalis actio heredi datur, non datur in heredem? Non utique quia hoc majus et difficilius, quam illud: sed quia cum pœna constituatur coercendi delinquentis caussa: *L. si pœna, D. de pœn. L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Non est æquum heredes pœna teneri qui ipsi nihil deliquerunt. *L. pen. D. de oper. nov. nunt. L. sancimus, C. de pœn.* Remove pœnam et delictum, tum par jus in utramque partem repereris, ut in actionibus rei persecutionem continentibus accidere ante diximus. Quod si etiam in his comparationem aliquam majoris aut minoris admitti placet, videamus ne dicendum sit potius, minus esse et tolerabilius actionem denegari heredi, quam in heredem. Nam ut paulo ante attigimus, nulla admodum injuria est donaturis, creditorisve, si heredi ejus denegatur actio, quæ non heredis, sed defuncti caussa comparata erat. At fit illi injuria, si quam actionem æquum erat illi dari, ea quandoque ei dum vivit, denegetur nullo facto ipsius amissa.

(2) Cujac. 4. *Obs.* 19. vox *vindicationis* exponit id est vindictæ ultionis, quia mater injuriam suam ulciscatur potius quam rem persequatur. Notatus ab A. Gentile 1. *Epist. et Lect.* 18. quia nunquam ita in toto Codice nec Digestis sumitur. Adde quod oppositio ibi actionis in personam et vindicationis. Quæ vero ad vindictam datur itidem est in personam: Sic igitur species generi opponeretur.

Id autem fit, si illi vivo denegetur in donatarii heredem.

XIV. Sed volo totam argumentationem admitti, et recte ita colligi, quæ revocatio in proposito denegatur heredi donatoris, hoc ipso etiam in heredem donatarii denegari debere. At concedent omnes hoc ita accipi debere, dum qua conditione denegatur heredi, eadem denegetur et in heredem. Ut hæc in denegatione ista recte comparentur. Hac vero conditione admissa, etiam argumentum pro nobis facit. Denegatur enim hæc revocatio heredibus donatoris hac conditione, si donator tacuit. *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* Quo effici ostendimus, si non tacuit, eandem revocationem tribui heredibus. Quapropter hac eadem conditione dicendum fuit denegari etiam donatori in donatarii heredes, si videlicet donator ipse tacuit. Quod si non tacet, jam sub contraria conditione ei perpetuo concedi. Atqui hoc posito, fieri non potest, quin volenti ei semper detur adversus heredes. Quandocumque enim donatur adversus eos ager volet, et querelam revocandæ donationis instituere, semper constabit eum non tacere, atque ita implere conditionem lege constitutam, qua illi donationem revocare conceditur. Non enim, ut dixi, hoc illi ita permittitur, si non tacuit vivo donatario, sed simpliciter si non tacuit.

XV. Summa igitur jam sit hæc de donatoris, et donatarii heredibus, quando illis et adversus hos detur aut denegetur donationis revocatio ex supra scriptis caussis: donatoris heredibus revocationem hanc non tribui, nisi donator vivus mutaverit voluntatem. Hac ante mutata licet extra judicium, revocandi potestatem ad heredes transire. Ac donatori ipsi quamdiu vivit, revocandi jus esse etiam adversus donatarii heredes, quamvis vivo donatario tacuerit. Unam matrem donatricem in hac re excipi, cujus actionem placet nec dari in heredem, nec tribui heredi sine ulla conditione in *d. L. his solis.*

XVI. Sed meminerimus hæc de heredibus donatoris et donatarii tunc locum habere, cum donatio revocatur ex iis caussis ingratitudinis, quæ conventionem faciendi adjunctam non habent, quales sunt priores illæ quatuor enumeratæ constitutione Justiniani, qualis in liberto obsequiorum erga patronum neglectus, de quo in *L. 1. C. eod.* Quod si quid donatum sit nominatim hac lege, ut donatarius quid faceret, et is facere noluerit, quam quintam ingratitudinis caussam posuit Justinianus: dixi initio in caussis ingratitudinis exponendis. Et hic explicandi locus est, ex hac caussa conditionem esse ob caussam dati caussa non secuta. *L. 2. L. 3. L. dictam, C. de cond. ob caus. dat.* De hac condictione sciamus hoc jus esse ut quemadmodum in rebus aliis datis ob caussam permutationis caussa, sic in rebus quoque ob caussam donatis detur (3) heredibus donatoris. *L. 2. C. de cond. ob caus. dat. L. cum veterum. C. de donat. propt. nupt.* Eademque detur adversus heredes donatarii. *L. dictam*, in fin. *C. de cond. ob caus.* Et vero si id jus est in iis omnibus, qui ob caussam quid dederunt, multo magis valere in rebus ob caussam donatis: quia quo magis gratuitum beneficium est, eo indignior ingratitudo donatarii, quæ beneficium retineat. Quapropter etiam in donatione materna idem dicemus, ut si quid donaverit filio forte hac lege, ut se aleret, et ille cum posset non aluerit, non solum detur matri donati repetitio adversus heredes filii: sed etiam matre cum silentio mortua detur matris heredi: tametsi in *d. L. his solis* nominatim hujus heredi denegetur revocatio, et matri ipsi denegetur in filii donatarii heredes. Hoc enim illic nominatim denegatur, cum revocatur donatio propter ingratitudinem, ut initio ejus legis cautum est. Nunc autem superiore conventione donationi imposita, si ei non paretur, revocatur donatio propter conventionem, qua etiam id actum est, ut ob caussam datum redderetur caussa non secuta. *L. si extraneus, D. de cond. caus. dat.* Sic porro est conventio legitima omnis, ut ejus petitio detur heredibus creditoris, et detur adversus promissoris heredes. *L. rie, 17. D. de servit. L. heredes, §. an eo, D. fam. erc. L. si pactum, D. de probat.*

XVII. Dicet aliquis, si hic propter conventionem donati revocatio est, male Justinianum, qui superiorem caussam revocationis inter ingratitudinis caussas retulit. *d. L. ult. de revoc. donat.* Quod si ille recte, nos male, qui eam caussam alio referimus. Immo recte utrumque, ut jam supra in explicatione harum caussarum respondimus. Cum enim legem donationi dictam donatarius non implet, cum potest, duæ sunt hic caussæ ad revocandam donationem, ingratitudo donatarii, et conventio. Qua ingratitudo est,

(3) Si tamen conventiones heredes quoque respiciant, non si donantis personæ cohærent, veluti ut alatur, hospitio recipiatur, etc. Nam si id non præstitum donanti remisisse videtur, dum non exegit. Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 2.

recte refertur hæc caussa inter caussas ingratitudinis, et ad hunc locum pertinet revocatio. Qua conventio spectatur, aliena ab ingratitudine revocatio est, pertinetque ad condictionem ob caussam datorum caussa non secuta. Quo et relatam videre est in *L.* 2. *L.* 3. *L. dictam, C. de cond. ob caus.* Sed huic distinctioni obstare videntur verba *d. L. ult. C. de revoc. donat.* Nam cum Justinianus initio ejus legis enumerasset quinque caussas ingratitudinis, ex quibus donationis revocationem daret, inter quas nominatim posuisset quintam istam, quæ ex conventione donationi imposita nascitur: de his omnibus postea ita cavet, ut ex his tantummodo velit esse jus revocandæ donationis. Mox in *extremo* subjicit, *hoc tamen*, idest istam revocationem, quam ex supra scriptis omnibus caussis concesserat, se velle stare usque ad primas tantum personas, ita ut eam deinde nominatim deneget heredibus donatoris. Quibus verbis aperte etiam ex supra scripta quinta caussa ingratitudinis revocationem heredibus adimit. Et hoc ita est. Denegat Justinianus heredibus etiam ex hac caussa revocationem, sed quatenus ex hac caussa revocatur donatio tanquam ex caussa ingratitudinis. Quod si revocabitur tanquam ex conventione, quod facere expedit heredibus, hic juri communi locus erit. Nec impediet Justiniani constitutio, quæ de ingratitudine loquitur, non de conventione. Nihil autem vetat ejusdem rei concedendæ, aut denegandæ plures esse caussas, quarum una sublata, nihilominus altera uti liceat. Defenditur jusjurandum propter religionem: sed defenditur et propter conventionem. *L. sed etsi servus, D. de jur.* Sic et contra improbatur factum donatarii legi dictæ non parentis, propter ingratitudinem quidem, sed non minus et propter conventionem, ex qua jus semel donatori quæsitum invito postea aut heredi ejus adimi non potest. *L. ult. D. de pact. L. pen.* in fin. *D. quæ in fraud. cred.*

C A P. XXXI.

Ex caussa ingratitudinis semper esse donationis revocationem adversus ingratos etiam rebus a donatario ante litem motam alienatis, præterquam matri donatrici adversus liberos. Tum quæ ad res donatas repetendas ex hac caussa sit actio. Hanc non vindicationem, sed condictionem esse. Eam ex obligatione esse; obligationem ex contractu; Contractum ex genere eorum qui re fiat: Cui detur; Adversus quem; Quid in eam veniat.

Rerum nexus, et continuatio. I.
Falso plerique putant ab ingrato donatario revocari posse res donatas, si possideat: secus si desiit possidere. II. III. IV. V.
Exceptio. VI.
Actio donatori prodita ad donationem revocandam ex ingratitudinis caussa non est in rem actio. VII.
Exceptio duplex: Et quæ utraque. VIII.
Refellitur Accursius. IX.
Quæ proximæ definitionis utilitas. X.
Actio illa est in personam. XI.
Ideo ex obligatione, obligatio ex contractu; et hic ex iis qui re perficiuntur. XII.
Ex contractu quin sit minime dubitandum; et quare. XIII.
Refelluntur objecta, et definitionis ratio illustratur. XIV.
Actio ista quæsita donatori eidem competit, ejusque heredibus adversus donatarium, ejusque heredes; et quare. XV.
Exceptio unica et qualis. XVI.
Brevis eorum enumeratio, quæ in hanc actionem veniunt. XVII.

I. Quibus ex caussis ingratitudinis sit donationis revocatio, ex his caussis ut non sit infirmatio ipso jore, sed revocatio jure concessa, tum quibus et adversus quos hæc revocatio concessa sit, exposuimus tribus locis præcedentibus. Quartus erat locus, ut quæreremus, an ex superioribus caussis, et in iis personis quas diximus (1) semper esset hæc revocandi potestas.

II. Hoc ideo quærimus, quia plerique

(1) Quid si pactum juratum de non revocanda donatione ob ingratitudinem adjectum? Revocationem impediri tradunt, quos refert et sequitur Beosth. *ad L.* 1. *de Jurej*, *n.* 189. add. Jo. Gutierez. *de Juram. confirmator. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 6. Quod non probandum, quia pactio hæc qua dolus committendus remittitur, aperiturque licentia ingratitudinis committendæ, Jurejurando firmari nequit. Ex qua ratione Gomez. 2. *Resolution.* 4. *n.* 14. non posse huic juri renunciari, scribit.

putant hanc revocationem donatori quanvis revocare cupienti competere sub conditione, si quo tempore ingratitudinem admisit donatarius, vel quo tempore cum eo agitur ad revocandam donationem, reperiatur ipse res donatas possidere. Quod si ante eas res vendiderit, donaverit, permutarit, vel quo alio modo alienaverit, eum amplius non teneri. Falsa sententia; sed tamen justus error. Errori caussam præbuerunt verba *L. his solis, de revoc. donat.* ubi ita scriptum est: *cæterum quæ ante inchoatum cœptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data cæterisque caussis legitime alienata sunt, minime revocamus.* Quæ verba sic acceperunt, non revocamus a liberis ingratis, iisdemque donatariis. In qua sententia est Baldus eo loco, quam et pro explorata posuit. Et ne videretur non certum posuisse, addidit hanc rationem non dubiam, quin ex regulis juris sumptam; quæ legitime gesta et perfecta sunt, nullo superveniente facto, ac ne delicto quidem infirmari. *L. in ambiguis pro dotibus, D. de reg. jur. C. factum, extr. eod.* Qui cum animadvertendus sit error, et tamen facile capere possit incautos, putavi locum nobis attingendum, ne et ipsi in eundem errorem incurreremus.

III. Sic autem habendum omnino est donatarium postquam se ingratum præbuit, obligari ad res donatas reddendas iis, quibus eum teneri supra diximus, sive res donatas adhuc possideat, sive facto suo desierit possidere. Id certis minimeque obscuris argumentis demonstratur. Nemo qui ad aliquid præstandum obligatus est, ullo facto suo, puta interemptione, manumissione, alienatione rei debitæ, potest obligationem suam tollere, seu se liberare invito adversario. *L. si servum, 91. §. nunc videamus, D. de verb. obl.* In quam sententiam sunt et illa: Culpa debitoris perpetuat obligationem. *d. L. si servum, §. sequitur.* Ubi culpa accipitur, si ipse rem debitam vel occidit, vel manumisit, vel alienavit. *ead. L. servum* in pr. Item: debitor neque vendendo, neque donando, neque legando vel fideicommissum relinquendo conditionem creditoris sui deteriorem facere potest. *L. debitorem, C. de pignor.* Et generale illud, ex quo sunt superiora; nemo omnino potest alterius conditionem facere deteriorem. *L. solvendo, 39. D. de neg. gest. L. non debet alteri, D. de reg. jur.* Neque hoc jus valent tantum adversus eos debitores, qui pure rem debuerunt, deinde eam alienant: sed pertinet etiam ad eos qui debuerunt sub conditione, et pendente conditione aliquid eorum, quæ supra scripta sunt, in re debita fecerunt. Quandocumque enim exsistet conditio postea, retroversus obligati intelliguntur non aliter, quam si obligatio a principio esset sine conditione constituta, ut de iis omnibus quæ ante evenerunt, eodem modo teneantur. *L. necessario*, in pr. illic, *idem Pomponius, D. de peric. et com. rei vend. L. potior, D. qui pot. in pign. hab.* Jam vero donatarius donatori obligatus est ad res donatas reddendas, si se ingratum præbuerit. Indicat definitio obligationis. Is enim obligatus est, qui adstringitur necessitate alicujus rei præstandæ ex definitione *Inst. de obl.* in pr. Hac necessitate rerum reddendarum obstringi constat donatarium donatori ex constitutionibus superioribus. Obligatus est igitur donatarius ad eas res præstandas. Ex quibus efficiatur eum nulla alienatione rei donatæ, nullo denique facto suo posse se ea obligatione liberare. Nec ad rem pertinet, quod ad eam præstationem obligatus est sub conditione si fuerit ingratus, et pendente hac conditione, id est ante ingratitudinem res donatas alienavit. Jam enim dixi idem juris esse in eo, qui pendente conditione id faciat, quod in eo, qui eum pure deberet, idem postea fecerit. Argumentum hujus sententiæ non obscurum in *L. ult. §. sed quia*, et deinceps, *C. com. de leg.*

IV. Adde his, quod actio quæ donatori datur ad res donatas revocandas, est actio in personam, ut sequenti loco dicetur. Nulla porro actio in personam exigit, ut debitor possideat rem debitam, quo possit eo nomine conveniri. Hic enim convenitur non res debita; sed persona: quæ sive rem debitam habeat, sive non habeat, semper hanc præstare debuit. Proprium hoc est actionum in rem, ut solum his conveniatur, qui possident. §. 1. *Inst. de act.* Inepte igitur exigatur in hac actione, ut donatarius res donatas possideat, quo de his recte conveniatur.

V. Postremo statuere rebus ante ingratitudinem admissam alienatis donatarium liberari, sententia est partim in fraudem superiorum constitutionum, partim turpis et bonis moribus contraria. Proinde utroque nomine et falsa, et maxime repudianda. Primum in fraudem superiorum legum. Etenim hac sententia admissa, inventa erit ratio, qua impune donatarius injuriam faciat donatori, eumque irrideat, nec sit revocatio ulla donatori ob ingratitudinem. Nam donatarius improbus, qui meditatus

erit animo injuriam adversus donaturem, facile ante injuriam factam alienabit res donatas, ut his alienatis non teneatur. Sic deinde aggredietur facere injuriam, quam animo conceperat. Ita fiet, ut dixi, ut nulla sit revocatio donatori, quanvis ea passo, propter quæ constitutionibus revocatio conceditur. Quod est aperte adversus id, quod superiores leges fieri voluerunt, eoque in fraudem earum. *L. contra*, *et L. seq. D. de legib.* Certi autem juris est, non minus improbari, quæ fiunt in fraudem legum, quam quæ fiunt aperte contra leges. *L. non dubium*, *C. de legib.* Eadem sententia turpis est et contra bonos mores. Invitat enim donatarium ad delinquendum impunitate injuriæ proposita. Cujusmodi sententiæ, ut pactiones omnes eodem genere turpitudinis laborantes, jure civili improbantur. *L. illud*, *D. de pact. dot.* Tenebimus igitur, quod dixi, donatarium simulatque quid admiserit eorum, quæ in aliquam caussam ingratitudinis incurrunt ex superioribus, donatori volenti et mutanti voluntatem teneri ad res donatas reddendas, sive eas habebit, sive facto suo quandoque etiam ante ingratitudinem a se amiserit. Et si res non exstabunt, teneri, ut præstet æstimationem, quæ et ab eo peti potest. *L. in re furtiva*, *D. de cond. furt.* Quod si eadem ista obligatione tenetur filius ingratus matri donatrici, non dubitabimus etiam huic adversus filium ingratum eandem actionem dare, quanvis rebus jam multo ante a filio alienatis.

VI. Non debuit mutari hæc sententia propter *L. his solis. C. de revoc. donat.* Verba integra hæc sunt: *Quidquid igitur is qui a matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet, eo die, quo controversiæ qualecumque principium jussu judicantis datur, matri cogatur reddere. Cæterum ea, quæ ante adhuc matre pacifica jure perfecta sunt, et ante inchoatum cæptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque caussis legitime alienata, minime revocamus.* Equidem hæc verba, minime revocamus, sic accipi debere agnosco, ut significetur alienata minime revocari a filio. Prius enim Imperatores dederant matri donatorum revocationem adversus filium, qui res ex donationis titulo tenebat. Nunc, cum per adversativam negant se alienata revocare, necesse est intelligi, hoc sentire eos, non se ea revocare a filio, qui jam res non tenet. Alioqui revocationem non adversus filium, sed adversus possessores rerum denegandu, nihil prioribus contrarium per adversativam subjicerent. Sed apparet tota ea lege in matre donatrice donationem in liberos collatam ex caussa ingratitudinis revocante jus singulare esse constitutum. Primum illud, quod volunt, repetitionem matri non dari, nisi ex quo ab ea lis judicio mota est saltem per in jus vocationem. Deinde quod mutata voluntate matris, et vocatione in jus secuta, si non longius lis processit, denegant actionem matris heredibus, et donatrici ipsi adversus donatarii heredes. Adde jam hoc tertium, quod si quid matre pacifica ante jurgium cœptum alienatum sit, volunt cessare donationis revocationem. Si priora duo nova in matre ut supra ostendimus, cur miremur et tertium novo in matre constitutum? Cur ergo in matre hoc quoque tertium? Propter affectum scilicet matris in liberos, quo victa facile existimari potest, quamdiu illa nullam litem de ingratitudine liberorum instituit, remittere liberis injuriam, saltem ad hoc ut his liberum sit de rebus donatis statuere, ut velint, ut proinde adversus id, quod tacite promiserit, postea veniens non sit audienda.

VII. Restat postremus locus, ut constituta actione donatori ad revocandam donationem ex superioribus caussis ingratitudinis, videamus quænam sit hæc actio et cujus generis: ut norimus non solum quid contineat, sed etiam quam recte ad hunc locum de obligationibus, quæ re contrahuntur, hæc tractatio a nobis referatur. In quo illud quæritur primum, sitne in rem actio, an in personam. Tot enim genera actionum prima numerantur in *L. actionum*, *D. de obl. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Ex quibus quid intersit, utram dicamus, definitis iis quibus, et adversus quos singulæ varie competant, ex iisdem locis cognusci potest. Ac primum illud statuendum est, actionem ad revocandam ex superioribus caussis donationem, in rem non esse. Id efficitur sua sponte positis iis, quæ supra secundo loco diximus. Ostendimus enim etiam post ingratitudinem donatarii nihilominus eum dominum manere, qui prius fuerat, nec dominium in donatorem ipso jure transire. Quod si verum est, donatori in hac specie in rem actio ad res donatas persequendas non potest competere. Hæc enim soli domino competit adversus eum qui dominus non est, quando duo domini esse non possunt in solidum. *L. in rem*, 23. *D. de rei vind. L. si ut certo*, 5. §. *ult. D. commod.* Et hoc satis declarat Justiniani constitu-

tio, quæ revocationem concedit donatori adversus donatarium: nusquam adversus rerum donatarum possessores, quod tamen proprium est actionum in rem. *d. L. actionum, de obl. et act. d.* §. 1. *de act.*

VIII. Animadverto tamen singulari jure in hoc genere ad revocandas res donatas duabus in caussis constitutam donatori utilem actionem in rem præter condictionem. Una est cum donator donavit ea lege, ut se donatarius aleret, neque aluit. *L. 1. C. de don. quæ sub mod.* Altera, cum quid donatum est a sponso sponsæ, aut a sponsa sponso propter nuptias, et vivo donatario nuptiæ non sunt secutæ. *L. cum veterum, C. de don. ant. nupt.* Quas etiam caussas duas in condictione ob caussam datorum attigimus, cum in his appareat quod donatum est, datum esse ob caussam ut aliquid sequatur. Sed possunt hæc etiam non male referri propter ingratitudinem quæ admissa est adversus conventionem. Nam et hanc caussam revocandæ donationis numerat Justinianus inter caussas ingratitudinis. *d. L. ult. de revoc. donat.*

IX. Enimvero his caussis exceptis, relinquitur in cæteris jus commune quod diximus, nunquam ex caussis ingratitudinis competere donatori actionem in rem ad res donatas a possessoribus revocandas. Non enim probandum est, quod Accursius. *L. his solis, C. de revoc. donat.* etiam ex cæteris donationibus ad hanc revocationem utilem quoque vindicationem dedit exemplo donationis caussa mortis. In qua ad revocationem donationis et conditionem, et utilem in rem actionem dari legimus. *L. si mortis*, 29. *L. qui mortis, seq. D. de mort. caus. donat.* Non recte hæ donationes comparantur. Donatio simplex inter vivos semel perfecta nihil habet, quo veteri domino in jure dominii ante alienati sine nova traditione quidquam tribuatur. Donatio caussa mortis habet. Comparatur enim legatis per omnia, ut quod in legatis juris est, id in mortis caussa donationibus accipiendum sit. *L. illud, D. de mort. caus. donat.* At legatum a testatore revocatum in bonis ejus manet, tanquam nec alienatum. Quare et quod mortis caussa donatum est, si revocatum erit ex pœnitentia, redibit ita ad donatorem, ut in bonis quoque ejus esse videatur; si non ipso jure propter alienationem præcedentem jure perfectam: at utili, propter similitudinem quam habet hæc donatio cum legatis. Ex quo et hic donatori actio in rem utilis, non directa. Cum nihil simile sit in donatione inter vivos, male conemur superioris donationis exemplo eandem actionem ad res inter vivos donatas revocandas transferre.

X. Constet igitur hoc jam, ad eam revocationem extra supra scriptas duas caussas actionem in rem non competere. Effectus animadversione dignus. Nam si proponas res a donatario alienatas vel ante vel post ingratitudinem admissam, et is solvendo non sit, res donatori perierint. Nam adversus possessores extraneos nulla est ei actio, cum actionem in rem illi ademeris. Adversus donatarium est in personam; sed inutilis propter ejus inopiam.

XI. Restat igitur, ut quoniam donatori actio est ad donationem revocandam, sit genus alterum ex duobus, nempe actio in personam seu donati condictio: donatori videlicet quamvis non domino, adversus donatarium heredemve ejus, sive is possideat sive non: non etiam adversus alios possessores rerum, quæ actionum in personam descriptio est. *d. L. actionum, de obl. et act.* Qualem et actionem hic constituit Justiniani constitutio. *d. L. ult. de revoc. donat.* Sed et *L. his solis, C. eod.* actionem aperte in personam esse ostendit, non eo tantum, quod personalem vocat; potest enim et rei vindicatio ita dici, quia personæ agentis et ejus cum quo agitur, cohæreat, nec transeat ad heredes aut in heredes: sed ideo, quod eam actionem jubet vindicationis habere effectum in eo quod modo dixi de heredibus. Non diceretur vindicationis effectum habere, ut de directa et utili actione legimus in *L. actio, antep. D. de neg. gest.* Quod si hæc actio vindicatio non est, idest actio in rem, in personam esse oportet, et uno verbo condictionem, ut nominatur in *d. L. 1. C. de don.* quæ sub *mod.* Nam ut dixi, tot genera actionum non plura summa numerantur. *d. L. actionum, de obl. et act.*

XII. Quo constituto quæretur jam de genere et natura actionis. Genus ex caussa æstimandum. Etsi actio in personam est, constat esse ex obligatione, cum sit omnis actio in personam adversus eum qui nobis obligatus est. *d. L. actionum.* Quod si ex obligatione, erit etiam ex una aliqua harum quatuor caussarum, ex quibus obligationes nasci dicuntur, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. Videndum igitur, ad quod genus ex his recte referamus, de quo video parum liquere. Ne multis morer, ubi non est admodum necesse, quod initio de hac repetitione statuimus, in eo et nunc permanemus. actionem

hic esse ex obligatione; obligationem ex contractu et negotio gesto, contractum ex eorum genere in quibus re contrahitur obligatio. Unde hæc omnis quæstio et tractatio de donationis revocatione nobis hoc loco nata est. Et illud quidem constat, quæcumque hic obligatio nascitur; ex re tradita nasci, cum de re donata reddenda agatur. Neque enim reddi potest, nisi quæ prius fuit tradita.

XIII. De contractu ambigitur. Sed ne hoc quidem dubitandum, quin sit obligatio ex (2) contractu. Est enim ex conventione, et ea conventione, ex qua videmus actionem nasci. Quæ cum concurrunt, contractus est, ut initio contractum definivimus.

XIV. Sed ubi illa conventio, quæ non modo nusquam apparet, sed etiam verbis donationis videatur repudiari. Proponimus enim res simpliciter et inter vivos donatas. Nempe ut in superioribus generibus datorum sic in hoc accidit, ut non sit conventio expressa de re reddenda, sed tacita: verumtamen quæ idem efficiat. Conventio autem hæc, ut quisquis donat rem aliquam simpliciter, etsi maxime de liberalitate exercenda cogitat: tamen tacite donare intelligatur hac lege, seu ob hanc caussam, ne a donatario sequantur ea propter quæ ob ingratitudinem constitutum est donationes revocari posse. Aut si secuta fuerint, jus sit per leges donata repetendi. Neque hanc conventionem nobis fingimus, ut hic ordinem a nobis institutum, aut divisionem a Justiniano informatam de superioribus obligationum caussis quo jure quave injuria defendamus. Sed hanc sententiam et conventionem contrahentium nobis suggerit Paulus in *L.* 6. *D. de solut.* qui conventionis omissæ subauditionem priore capite extremo positam defendens, hanc rationem adfert, quod ex jure sumitur id, quod agi videtur. Significans, cum incertum est, quid actum sit, seu quid convenerit in negotio gerendo inter aliquos, id actum videri, ut serventur omnia inter ipsos, quæ de natura ejus negotii jure constituta sunt. At constituta est jure revocatio rerum donatarum adversus ingratos, si cui videatur ob ingratitudinem revocare. Quapropter secundum supra scriptam sententiam, intelligendus est donator in hunc ipsum casum sibi prospicere, atque id agere ut hoc ipsum jus sibi servetur in donatione, etsi de eo nihil exprimat nec alia conditione donatarius accipere donatum intelligitur. Quamobrem et hoc recte dicimus, omnem hanc revocationem rerum etiam simpliciter donatarum, repetitionem quoque esse datorum ob caussam caussa non secuta. Ubi res donantur inter cætera hac lege, ne donatarius turpiter et contra leges se ingratum præbeat; et contra se gerit postea. Idque ita fieri intelligitur, jure sententiam contrahentium ita interpretante, et quanvis verba desint, nihilominus eam sententiam præter verba benigne ex æquo et bono ita confirmante. Quam autem expediat, vel potius necesse sit hæc de caussa hujus repetitionis statui, ex his quæ de indebiti condictione, et condictione ob caussam datorum supra disseruimus, sumi oportet. Nam et sine conventione eædem objectiones hanc repetitionem removent.

XV. Hinc de natura actionis facile statuetur, nempe quibus detur, adversus quos, et quid in eam veniat. Dixi supra non nasci donatori ullam revocationem donationis, nisi prius ostenderit se mutata voluntate ob ingratitudinem donationem revocare velle: ut non mirum sit, si prius decesserit, quam id ostenderet, nullam revocationem esse ejus heredibus, quia revocationis delatæ conditio defecerit. At simul atque donator mutationem voluntatis declaravit, tum nascitur et constituitur donatori præsens donati repetitio. Hæc actio isto modo semel nata, cum rei persecutionem contineat, persequens id quod donatori de patrimonio abest; ejusmodi est, ut ea jure cum aliis actionibus similibus communi utatur. Scilicet ut jam non soli donatori competat, sed etiam ejus heredibus: nec minus detur ut adversus donatarium sic et adversus ejus heredes: quæ conditio est omnium actionum in personam rei persecutionem continentium. §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.*

XVI. Una excepta est donatio (3) matris

(2) Quod non puto, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. Conventio enim duorum consensum exigit, quam hic deesse patet quoque ex iis quæ *Cap. seq. N.* 13. Et aperte *L.* §. 1. *de donat.* donantem ea mente esse ut nunquam ullo facto ad se reverti velit. Alias potius ex delicto eam oriri agnoscerem cum DD. et Rutanto *de Commiss. P.* 3. *Lib.* 5. *C.* 12. *n.* 29.

(3) Olim mater a filio ingrato dimidium tantum repetebat *L.* 1. *Cod. Th. de revoc. don.* quod correxit. *L.* 4. *eod. tit.* Quod si rem alienam donatam bona fide accipiens usucepit, an ex ingratitudine revocari post usucapionem impletam poterit? Sunt qui affirmant arg. *L. ult. Cod. hoc tit.* Contra Vasq. 2. *Ill. Contr.* 89. *n.* 61. quia tunc rem jure suo potius quam a donante habere

collata in liberos, quam placet ob ingratitudinem liberorum ita revocari posse a matre, ut quanvis ad eam revocandam agere cœperit, tamen ea ante litem contestatam mortua finiatur actio, ut neque detur ejus heredibus, neque adversus donatarii heredes. *L. his solis. C. de revoc. donat.* Quod cur ita placeat; et quam non pertineat ad alios donatores, supra ostendimus. Nam quod generaliter denegatur donationis revocatio donatoris heredibus, *L. ult. C. de revoc. donat.* ad initium revocationis referendum est, quod solum a donatore nasci placet, dum constituitur hæc omnis revocatio sub conditione, si se donationem ex pœnitentia revocare velle ostendat. At ubi semel voluit, jam incipit, ut dixi, repetitio pure competere donatori, utpote impleta conditione, sub qua hæc revocatio deferebatur. Quæ res hanc repetitionem semel natam ab initio revocationis aperte separat, et distinguit.

XVII. Si de rebus quæritur, quæ in hanc repetitionem veniant, ne de his quidem generе actionis cognito difficile judicium est. Si quæritur res principaliter debita, quænam ea sit, titulus actionis indicat. Dicitur enim donati revocatio: donati condictio. *L. 1. C. de revoc. donat. L. 1. C. de don. quæ sub mod.* Ut hic solum videndum sit, quid sit donatum, quo recte revocetur. Itaque ut in indebito soluto; et in condictione ob caussam datorum fieri diximus, ita et hic aut idem repetetur, aut tantundem. Idem semper alias. Tantundem tunc, cum pecunia donata est, aut quid earum rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant, natura istarum rerum hanc solutionem exigente. *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* De quo satis diximus in debiti condictione. Si quæritur de accessionibus, putem et (4) has venire post ingratitudinem admissam, tanquam de re, quæ exinde cœpit apud donatarium esse sine caussa, donatore postea ob eam ingratitudinem rem revocanto. *arg. L. pen. D. de condict. indeb.* juncta *L. indebiti*, 17. *eod.* et *L. qui se debere*, §. *ult. D. de cond. caus dat.*

videatur, arg. *L.* 5. *Pr. derel.* Ego cum prioribus sentio, quia certe habet ex beneficio dantis; tradendo transtulit usucapiendi conditionem. Et nisi donasset, ipse sibi usu acquisivisset. Eadem igitur damni et æquitatis ratio. Favor quoque donantis ac odium ingrati extensionem hic suadet. Licet igitur verba legis deficiant, cum rei alienæ vera donatio non sit, non tamen sententia et ratio.

(4) Diss. Jo. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 7. *et* 8. vid. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 8.

CAP. XXXII.

De revocatione donationis ob liberos postea a donatore susceptos. Sed obiter, indicato loco, unde hujus partis explicatio alibi ab auctore edita huc assumatur.

Altera revocandæ donationis caussa, liberi post a donante suscepti. I.

Cui revocatio ista jure speciali tributa, et quatenus, et an ad omnes donatores pertineat. II.

Quo in loco auctor ea de re plenam tractationem habeat. III.

I. Ac sit huc usque prima caussa revocandæ donationis simplicis factæ inter vivos, nobis exposita, donatarii nimirum ingratitudo. Altera caussa fuit, liberi a donatore postea suscepti. De qua in *L. si unquam, C. de revoc. donat.*

II. Sed donationis ex hac caussa revocatio specialis est, tributa nominatim solum patrono de rebus donationis caussa in libertum collatis. Et tribuitur non simpliciter, sed certis conditionibus: nempe his duabus, si patronus cum donavit, liberos non habuit; et post donationem suscepit liberos. Utraque autem conditione impleta, jus singulare constitutum de revocatione rerum donatarum, ut susceptis postea liberis, ipso jure donatio rescindatur, id est rescindatur ita ut dominium rerum donatarum a liberto recedat, et ad patronum transeat. Quæ omnia verbis constitutionis indicantur. Vulgo inveterato errore existimatum est eam constitutionem ad omnes donationes pertinere, et ex susceptione liberorum post secuta omnibus donatoribus revocationem donati tribuere.

III. Adversus quam sententiam fuse dis-

seruimus in commentariis ad Codicem ad eam *L. si unquam*. De eujus etiam legis sententia eodem loco copiose scripsimus, et quidem ita, ut si quis vulgarem sententiam tanquam usu in foro receptam sibi sequendam putet, non desit etiam hac parte, quo ad ejus explicationem non minus adjuvetur. Inde igitur petere licebit. Nos ad reliqua pergemus.

C A P. XXXIII.

De donatione caussa mortis: Quid sit: Quibus ex caussis revocetur: Quæ ad eam revocationem, cujusmodi, et quibus ex caussis natæ actiones.

Transitio ad donationes caussa mortis. I.
Donatio caussa mortis quid. Ex verbis donantis, non ex metu aut cogitatione mortis æstimatur; et quomodo. II.
Comparatur legatis, et simul datis ob caussam. Qualis ista similitudo III. IV.
Revocatur tribus casibus. V.
1. *Si pœnituerit donatorem.* VI.
2. *Si hic periculo supervixerit.* VII.
3. *Si prædecesserit donatario.* VIII.
Si quid aliud præterea convenerit in ista donatione servandum. IX.
Actio in hanc rem constituta est directa in personam, utilis in rem. Qualis utraque et quare utilis X.
Item quo jure introducta una cum condictione ob caussam. XI.
Condictio ob caussam datur hic caussa nondum secuta: aut secuta quidem, sed non ex voluntate dantis. XII.
Eadem est ex obligationone; Hæc ex contractu, et eo qui re perficitur. XIII.

I. Ergo etiam in donationibus inter vivos, quæ simpliciter fiunt, nec ullam caussam, seu repetendi condictionem nominatim adjunctam habent, nascitur nihilominus obligatio inter dantem et accipientem, et ea quidem ex contractu, quia ex conventione licet tacita, qua donatarius tenetur donatori, ut acceptum reddat. Ubi proinde et re obligatur. Non tamen donatori visum est revocare: sed certis et justis de caussis. Paucis quidem, attamen aliquibus. Quæ generibus duæ sunt, ingratitudo donatarii, et liberi a donatore postea suscepti. Ambæ dispari effectu, ut ostendimus: cum ingratitudo donatarii omnibus donatoribus revocationem tribuit, dum ex iis caussis ingratitudinis, quæ jure receptæ sunt. Liberi postea nati non nisi patrono qui donavit libertis, et quidem tunc, cum liberos non haberet, de quibus huc usque dictum est: Multo magis exsistit hæc obligatio in donatione caussa mortis. Quod erat alterum genus donationum a nobis propositum, in quo versaretur hæc obligatio. Et quidem hoc genus certam caussam donandi a donatore accipiens, multo plures habet, et certiores istius obligationis ac revocationis caussas. Sed prius constare oportet donationem quæ ad hanc legem revocatur, esse donationem caussa mortis.

II. Est autem (1) mortis caussa donatio, quæ fit propter (2) mortis suspicionem, sic describitur *Institution. de donat.* in pr. An fiat donatio propter mortis suspicionem, non ex metu, aut periculo, vel cogitatione mortis quæ donatori vel imminet, vel observatur, æstimandum est, sed ex (3) verbis ipsius donatoris, quibus declarat se ob mortis suspicionem et cogitationem donare. Sine his nihil periculum etiam præsentis mortis quidquam facit ad arguendam mortis caussa donationem. Ut puta, est aliquis in extremis vitæ constitutus, de quo etiam sæpe auditum est desperare ipsum de vita sua. Is hoc statu donavit: adde etiam si videtur, moribundus, sed nullam fecit mentionem mortis suæ, non dixit se donare, quia mortem metuat, aut de ea cogitet. Donatio simplex est inter vivos, non mortis caussa. Et ut Papinianus loqui-

(1) Cui affinis interdum fuisse videtur fiduciaria mancipatio, Liv. *Lib.* 32. velut fiduciariam dare ut victori sibi restitueret; si quid adversi accidisset ipse heberet, vid. Rævar. *de Auct. Prud. C.* 5. Vid. de hac donatione Cov. *P.* 3. *Rub. de testam.* Duar. *ad h. t.* Rauchb. *P.* 1. *Q.* 32. fuse A. Fab. *Err. Pragm. Decade* 43. et 3. *Decad. seqq.*

(2) Quæ fit contemplatione et intuitu mortis, vel suæ vel alterius, ut si filio vel fratre ægrotante quis donet Mævio, ut si convaluerit filius, ei restituatur *L.* 8. *pr. h.* 1.

(3) Cujac. *Cons.* 23. irridet eos qui donationem hanc tantum ab ægroto fieri censent. Quid igitur si nullo morbo aliove periculo territus simpliciter donet post mortem? Dist. Si verba substantiæ donationis adjecta; donatio est caussa mortis. Sin executioni ac præstationi differendæ: inter vivos. Fachin. 5. *Contr.* 22.

tur, qui ita donavit magis donavit (4) moriens, quam mortis caussa. Unde recte negant eam donationem ad regulam et revocationem mortis caussa pertinere. *L. Seja*, 42. §. *ult. D. de mort. caus. donat.* Significans sine testatione mortis, quæ significetur a donatore, nullam esse donationem caussa mortis. Tunc ergo mortis caussa donatio est, cum donator declarat verbi ipsis donationis; donare se ob suspicionem et cogitationem mortis. Id dum faciat, nihil interest ad donationem hujus generis, donetne ob cogitationem solam mortalitatis, veluti, si ita dicat, quia incertum est, quandiu Deus nobis vitam proroget; vel quia nihil certius est morte, nihil autem incertius hora ejus, ideo hanc aut illam rem, illam aut illum fundum tibi dono. Ob metum mortis ex periculo certo obversantis; veluti si quis graviter ægrotans ita donat, quia nescio, an ex hoc morbo convalescam, ideo tibi dono. Vel si quis peregre profecturus, aut navigaturus ita dicat: quia iter aut navigationem illam instituto, et incertum est, an redeam, ideo dono. Vel si quis in bello, aut imminente hoste donet hoc modo; quia in periculis præsentibus incertum est, quid nobis futurum sit, aut quo res evadant, ideo dono. Hæc in *L.* 2. et aliquot seqq. *L. senatus*, §. *mortis*, *D. de mort. caus. donat.*

III. Quæ ita facta est donatio, justis iisdem de caussis, ut dixi, et his propriis revocatur. Hæ caussæ cum efficiuntur ex natura et conditione hujus donationis, prius hanc naturam statuamus. Natura donationis caussa mortis jure comprobata hæc est. Comparatur donatio caussa mortis partim iis, quæ ob caussam dantur, partim legatis. Iis quidem sine dubio, quæ dantur ob caussam. Unde et veteres ad repetendum hoc genus donati dederunt condictionem ob rem dati, caussa non secuta. *L. senatus*, 35. §. 1. *D. de mort. caus. donat.* Et lex atque conceptio donationis id aperte indicat. Apparet enim ex superiore definitione donatum mortis caussa donari ob hanc caussam, ut si quando ingruerit nec opinato mors donatoris, jam nunc in illud tempus consultum sit donatario; non ut vivente adhuc donatore habeat potius, quam donator, cum donatio collata sit in tempus mortis donatoris. sed ut donatore mortuo habeat potius donatarius, quam donatoris heres. Quod significatur *Inst. de don.* in pr. et *d. L. senatus*, §. 1. *de mort. caus. donat.*

IV. Comparatur et (5) legatis mortis caus-

(4) Thomas Actios *de Privileg. infirmit. P.* 2. *lit. D. v. Donatio n.* 2. Covar. *P.* 3. *Rub. extra de testam. n.* 36. Si mortis mentio non fiat etsi ab ægroto, inter vivos facta censetur, sed si ita valere possit. Quod si nequeat, hæc potius æstimatur quam ut nihil actum sit. Sic accipit *L.* 4. §. 1. *de doli exc.* et Menoch. 3. *Præsum.* 36. *n.* 7. Sicuti e contrario si mortis mentio fiat, nec tamen ut mortis caussa valere queat, forte quia desunt 5. testes, censetur donatio inter vivos, Menoch. 3. *Præsum.* 35. *n.* 5.

(5) *L.* 15. *L.* 17. *in fin. h. t.* Vulgo inspecto tempore quo fiunt habere eas naturam contractus, illique propius accedere ratione modi, formæ, solemnitatis et ordinationis. Postquam vero peracta et in esse deducta, effectus illi ultimæ voluntatis accommodari, Clar. §. *donatio. Q.* 5. Duar. *ad L.* 2. *de leg. t.* Gomez. 2. *Resol.* 4. *n.* 16. Covar. *in Rub. extra de testam. P.* 3. *n.* 2. *et n.* 23. (Ubi tamen. *n.* 33. quod confirmationem contractibus convenire censet, contra quam Gomez.) Ant. Fab. 44. *Err. Prag.* 1. *pag.* 908. *et* 46 *Err. Prag.* 10. et alii, quos citat Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 32. *n.* 41. *et seq.* non usquequaque distinctionem hanc probans, imo refellens *n.* 44. *et seqq.* et Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 4. etiam in creatione, ut loquitur, id est forma et faciendi ratione, seu initio ac ordinatione, convenire ultimæ voluntati, cum 5. testes exigat, nec insinuatione egeat. Cujac. 3. *Obs.* 17. *et* 20. *Obs.* 6. similes esse legatis donationes caussa mortis ex testamento, non vero ab intestato *L. si filius* 20. *de leg. præst. et* 2. *ad Afric. in L.* 23. *h. t.* non esse instar legatorum in odiosis. Sic enim legata cedunt ex apertis tabulis: hæ a morte donantis, quia LL. caducariæ strictius accipiendæ. Non item esse similes ab intestato, *d. L.* 20. Et ideo *in* §. 2. *I. de donat.* adjecta vocula *fere*. Balduin. *in* §. 1. vers. *hæc mortis caussa n.* 2. *et* 3. Conveniunt, ait, in his. Qui legare potest, idem sic donare; ut et qui accipere ex testamento, idem ex hac donatione. Hic Falcidiæ locus et juri accrescendi. Conditio jurisjurandi remittitur *L.* 8. §. 3. *de cond. Instit.* Nec de alimentis hac donatione relictis transactio sine Prætore valet *L.* 8. §. 2. *de transact.* Differunt in seqq. Hæ ineuntur duorum consenso, ut contractus. Non pendent ab hereditatis aditione: Nec ab iis repellitur ceu indignus, qui a legato. *L.* 5. §. 17. *de his quæ ut indig.* Patre consentiente fieri potest. *L.* 25. *h. t.* Stipulatio mortis caussa in annos singulos una, licet multa essent legata. *L.* 35. §. *ult. hoc tit.* Aliud tamen esse, quoad hoc in donatione hac extra stipulationem. Greg. Lopez. *Animadver. C.* 19. *n.* 4. Quatenus ultimæ voluntati magis adnumeranda, quatenus contractibus, vide, præter laudatos, Hotom. et Vult. *in* §. 1. *I. h. t. n.* 9. P. Fab. *ad L.* 18. *de R. I. p.* 104. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 68. *et n.* 75. *ac seqq.* Simon. de Præt. *Lib.* 2. *de interpr. ult. vol. Interpr.* 1. *Dubitat.* 1. *Solut.* 12. A. Fab. 44. *Err. Prag.* 5. *et seqq.*

sa donatio *L. illud*, 37. *D. de mort. caus. donat.* Quod ex superiore caussa ductum est. Ea enim nos docet sic donationem hanc habere conditionem mortis donatoris, ut is velit sibi licere priusquam ea caussa secuta sit, donatum revocare, eoque nec prius perfectam esse donationem. Non enim videtur ad aliquem pervenisse, quod mansurum non est. *L. aliud est capere, D. de verb. signif.* Inde dictum, non videri perfectam donationem mortis caussa factam, (6) ante quam mors insequatur. *L. non videtur*, 32. *D. de mort. caus. donat.* At hoc ubi fit, donatio plane legati vim et effectum habet. Nam et legatum donatio est. *§. legatum, Inst. de legat.* ejusque maxime proprium est, ut et supremæ voluntatis omnis, ne confirmetur nisi morte testatoris, quando suprema omnis voluntas et testatio non est nisi de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit, ut declarat testamenti definitio. *L. 1. D. qui test. fac. pos.* Unde et legatum non dicitur solum donatio, sed donatio a defucto relicta. *d. §. legatum, Inst. de legat.* Hic exitus cum sit, ut dixi, etiam in mortis caussa donatione, recte hinc sumptum jam olim statuerunt (7) veteres, donationes caussa mortis factas legatis comparari. Fuitque hæc sententia, ut videtur, optimæ partis veterum, quæ et relata est in *d. L. illud, de mort. caus. donat.* Sed quia inter veteres plerique dissentiebant, ideo interposita est Justiniani constitutio, quæ litem diremens idem illud confirmaret. Ea est *L. ult. C. de don. caus. mort.* quæ et refertur *Inst. de don.* Hinc illa ad eam regulam congruentia: His mortis caussa donari potest, quibus et (8) legari. *L. omnibus*, 9. *D. de mort. caus. donat.* Ut legatum relinqui po-

(6) Propterea non ut in simplici requiritur agnitio et acceptio, vivo donatore. Quia enim eo vivo initium non accipit in persona donatarii; nec antequam mors insequatur, vel repudiari vel agnosci potest, ita Cujac. *Cons.* 45.

(7) Non vero verba ultima *L.* 15. *h. t.* Triboniani sunt interpolata propter *d. L. ult.* ut censet Vult. *ad §. 1. l. de don. n.* 4. Nec enim dicit Justinianus nullum veterum Jurisconsultorum id statuisse, sed fuisse diversas sententias.

(8) Ideoque et a conjuge fieri posset. Vand. 1. *Q.* 39. 1.° quia conjugi legari potest. 2.° Quia sic donans non fit pauperior, cum pro libitu revocare possit 3.° Quia exitus differtur in id tempus quo conjuges esse desinunt. Sed hac de re aperti textus. *L.* 9. *§. ult. L.* 10. *L.* 11. *pr. de don. int. vir. L.* 27. *L.* 40. *h. t.* Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 5. vid. A. Fab. 44. *Err. Prag.* 8. et 46. *Err.* 1. *et seqq.* (ubi Covar. qui diss *P.* 3. *Rub. extra de testam.* refellit.) Sc. Gentil. 2. *de Don. int. vir.* 33. *et Lib.* 3. *C.* 34. *et* 2. *seqq.* Absenti tamen olim fieri non potuit. *L.* 38. *h. t.* vid. Hotom. 4. *Obs.* 28. qui tamen 8. *Obs.* 18. præsentiam in ea non requiri contendit, mendumque in *d. L.* 38. subesse. A. Fab. 47. *Err. Prag.* 1. hodie absenti fieri posse censet, utut olim non potuerit. Vid. et Covar. *P.* 3. *Rub. de testam. n.* 16. *et seqq.* Hartm. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 13. An præsenti tacenti facta valeat? vide Andr. ab Exea *Lib. Pactorum n.* 94. *et seqq.* ubi aff. *n.* 98. Itemque cui testari permissum, etiam mortis caussa donare *L.* 32. *§.* 8. *de don. int. vir.* Unde consequitur minorem sine curatore sic donare posse, Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 253. Fachin. 5. *Contr.* 61. *Rauch. P.* 1. *Q.* 32. *n.* 84. cum et quando libuerit revocet, nec metuenda sit læsio. Diss. Tiraq. sibi contrarius post. *Ll. Connub. Gl.* 5. *n.* 83. *et seq.* quia in his, quæ concernunt solemnitatem extrinsecam, naturam contractus habeat donatio; et Jo. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 13. *n.* 6. *et seqq.* A. Fab. 46. *Err. Prag.* 9. dist. si stipulatione fiat, valere concedit per *L.* 101. *V. O.* maxime si exactio differatur in tempus mortis: Sin per traditionem, negat, quia ea pertinet ad caussam administrationis bonorum, curatori commissæ. Poterit et mulier sine curatore Jure Saxonico, de quo Rauchb. *P.* 1. *Q.* 32. tota, ut et absque propinquorum consensu, si is ex statuto in earum contractibus necessarius; quia statutum, juri communi contrarium, restringendum ad contractus stricte et proprie sumptos; ac rationi illius, periculo captionis cui sexus is suppositus, hic non est locus. Fachin. 5. *Contr.* 60. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 4. Diss. Covar. *Parte* 3. *Rub. extra de testam. n.* 15. Ant. Fab. 46. *Err. Pram.* 10. Videtur et contra regula: Qui testari nequit, is nec sic donare *l.* 1. *§. 1. de tut. et rat. distr.* Sed eam non aliter tenere scribit A. Fab. 43. *Err. Prag.* 6. *p.* 885. quam quoties utrobique eadem prohibitionis ratio. Unde usurario manifesto hanc donationem non permitti, idem 46. *Err. Prag.* 8 contra Covar. *P.* 3 *Rub. extra de testam. n* 13. Sane filiusfamilias ita donare potest, sed consentiente patre *L.* 25. *§.* 1. *h. t.* (vid. supra *Lib.* 6 *C.* 5. *N.* 10. Add. Petr. Nann. 10. *Misc.* 5.) Quem patris consensum non requiri ad solemnitatem actus, sed ad id ut præjudicare possit patri, ideoque rerum in quibus solida filio proprietas liberam donationem caussa mortis, illi permitti. Fach. 5. *Contr.* 24. *et seq.* Quare et ipsi patri fieri posse *ibid. Cap.* 26. post. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. resol. §.* 12. *n.* 16. et Tiraq. qui utriusque opinionis auctores refert, post. *§. Connub. Gl.* 8. *n.* 115. *et* 3. *seqq.* Diss. et Covar. *P.* 3. *Rub. extra de testam. n.* 9. et Ant. Fab. 43. *Err. Prag.* 4. licet prius illud admittat, ex ea tamen ratione negat, quia obligatio civilis inter patrem et filium nulla consistit. Eam autem contra putat, etsi donatio traditionem adjunctam habeat, quod non puto, in eoque

test, ita et perfici mortis caussa donatio. Nullum legatum aut suprema testatio valet, nisi ut minimum adhibitis quinque testibus. *L. ult.* in fin. *C. de condic.* Totidem et in donatione caussa mortis (9) adhiberi placuit. *d. L. ult. C. de don. caus. mort.* In legatis substitui potest legatario. *L. ut heredibus*, 50. *D. de leg.* 2. potest et donatario in donatione mortis caussa facta. *L.* 1. *C. de don. caus. mort.* Legata insinoationem non desiderant, quantumcumque legatum sit. Sic nec mortis caussa donatio. *d. L. ult. C. eod.* Lex Falcidia legata minuit quæ dodrantem patrimonii excedunt *L.* 1. *D. ad leg. Falc.* Eadem locum habet et in mortis caussa facta donatione *L. si mortis, C. ad leg. Falc. L.* 2. *C. de don. caus. mort.*

V. Ex his, ut dixi, pendet hujus donationis revocatio et obligatio, quem quærimus. Fit igitur ex hac natura, ut donatio caussa mortis revocetur tribus casibus. Quorum priores duo cummunes sunt cum iis, quæ aliter ob caussam dantur; tertius communis cum legatis, atque hinc etiam ducitur.

VI. Primus est, si donatorem (10) pœniteat donalionis. *Inst. de don.* io pr. *L. mortis*, 16. *L. qui mortis*, 30. *D. de mort. caus. don.* nempe quia quod donator mortis caussa, datur ob caussam, cui ita locus est, si mors sequatur: constat autem omnia, quæ ob caussam dantur, caussa nondom secuta ex pœnitentia revocari posse. *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. *D. de cond. caus. dat.*

VII. Secundus est, ut traditur in *d. tit. Inst. de don.* si supervixerit is, qui donavit. Quod sic interpretandum est, si supervixerit, non donatario, qui tertius casus est, qui ibidem subjicitur, sed supervixerit ei periculo, quod ipse metuebat, et de qoo in donatione significavit. Itaque his verbis nihil aliud intelligimus, quam donationem revocari, si donatum sit ob metum alicujus periculi, et donator periculum evaserit: ut, si navigaturus donavit, et sal-

sibi egregie contredicit Faber. 48. *Err. Prag.* 9. *p.* 1129.

(9) Quia ad instar codicillornm redactæ, Cujac. *Cons.* 45. Valasc. *Cons.* 102. *n.* 5. Nec unus interpretum qui de hoc dubitet, ait A. Fab. 44. *Err. Prag.* 1. Ipse primus suspectum id reddere nititur, inani conatu. 1.° Quia licet hæc species ultimæ voluntatis, non tamen nuda, sed traditionem ent stipulationem requirit, uude absenti fieri nequit. Resp. Immo et nuda pactione bodie contenta est per *L.* 35. *C. h. t.* quæ et ad has donationes pertinet, Covar. *P.* 3. *Rub. extra de testam. n.* 22. Vesq. 1. *Contr. usu freq.* 12. *n.* 7. frustra reclameute Fabro. Quin idem Faber. *Err. seq. et Decade* 47. *Err.* 7. hodie absenti fieri posse conteudit. Denique etsi traditione vel stipulatione perfecta dicetur, nonne idem periculum comminiscendæ falsitatis, nonne facile duo suboruari poterunt, qui, post mortem alicujus, cum jam ejus voluntas exquiri nequit, falso asserant se interfuisse stipulationi vel treditioni e defuncto factæ: Ut mirer Fabrum in ea verba erumpere: *Ubi alterutrum horum, quid necessarii* 5. *testes.* Miror eundem suspicioni falsitatis locum hicesse negare. Qui, ait, metus hic major quam in donatione inter vivos. Immo qui minor, inquam, quam io codicillis, aliove extremo elogio. Donationis inter vivos alia ratio quæ statim effectum sumit 2.° erguit Faber ex loco Pauli 2. *Sent.* 11. §. 1. Resp. Quæstio nobis omnis de jure novo ex lege Justiniaoi. Quod et repono ad 3.° rationam quod insinuatio, quæ fraudis excludendæ gratie exigitur, et in donetione hac necessaria *L.* 25. *C. de don.* quid vero necesse si 5. adhibitis testibus fit. Nam hodie ex *d. L. ult. C. h. t.* non necessariam Faber agnoscit. Deinde quid in donatione summam 500. solidorum non excedente? Sed jam *ad L. ult. C. h. t.* Eam Faber ita accipit, ut hodie valeat hæc donatio, sine insinuatione, modo in illius vicem adsint 5. testes, quia iosinuationis finis, ut fraudibus obviam eatur: quis vero metus fraudis ubi 5. testes. Vera hæc sunto. Quid inde? Ergo quæ valuit olim sine insinuatione, hodieque rata erit sine 5. testibus, veluti si infra 500. solidos, alias deterior ejus conditio facta; at Justinianus meliorem reddere voluit. Resp. Nullius magis interest quam ipsorum donantium ita statui, ne post eorum mortem alienis bonis inhiantes falso liberalitatis prætextu bona justis heredibus auferant. Quidni vero idem metus fraudis, etsi donatio infra 500. solidos consistat. Denique ita aperte indefinite et generatim concepta Justinianoi constitutio, ut vix calumniæ locus videatur. De omni certe cujuscunque sit quantitatis definit Imperator, ut ultimæ voluntatis effectus sortiatur, siquidem et de omni erat inter antiquos ICtos dissensio, quam Justinianus composuit. Ignota illis distioctio donationum amplioris minorisve summæ, quæ insinuationem requirant, quæque non item. Ac quod habetur sic valere, etsi insinuatio non accesserit, in eo exteosio est regulæ, ad unam illius speciem pertinens, quæ antea eam exigebat, nec ideo ad illam regula restringenda.

(10) Etiam tacita vel præsumpta, vid. Mozz. *de Donat. Col. ult. n.* 2. *et seqq.* Menoch. 2. *Præsumpt.* 37. Moller. 2. *Semestr.* 59. et A. Fab. 46. *Err. Prag.* 16. ubi contra DD. etiam per oppignorationem rei revocatam censeri. Qua alienatione at quando revocetur, vid. Covar. *P.* 3. *Rub. extra de testam. n.* 27. *et seqq.* Quid si res aliis postea in testamento donata, an revocatur, an vero partes concursu fiunt? Vid. Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 123.

vus rediit; si donavit ægrotans et morbi periculum metuens, ac deinde convaluit. Sumptum et hoc ex jure eorum quæ ob caussam dantur. Quorum lex communis hæc est, ut caussa non secuta sit dati repetitio. *L.* 1. *D. de cond. ob turp. caus.* Hic autem res donata est ob caussam ejus periculi quod secutum non est.

VIII. Tertius casus est, si donatarius prius decesserit, vivo scilicet donatore. *Inst. de don.* in pr. Hæc vero caussa donationis revocandæ propria est hujus donationis, receditque a natura eorum, quæ aliam ob caussam dantur. Nam si tibi donavero hereditatem ea lege, ut creditoribus satisfieret, tu autem decesseris me vivo, priusquam satisfaceres, et heredes tui satisfaciant, repetere non possum, quod dedi, quia caussa secuta est. Nec refert, quando sit secuta, semper enim ob caussam datum, caussa quandoque recte secuta repeti non potest. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat.* Dissimiliter in donatione caussa mortis. Nam si hoc modo tibi donem, tuque me vivo decedas, quanvis caussa sequatur postea, puta, quia moriar, idque adeo priusquam ulla mea privata revocatio interveniret: tamen non pertinebit donatum ad heredes tuos, sed transibit repetitio ad meos; quippe jam ante mihi quæsita, quia me vivo decesseris. Cur igitur in hac donatione caussa pariter secuta non idem dicimus, quod in cæteris, quæ ob caussam dantur? Quia caussa ob quam donatur mortis caussa a cæteris omnibus caussis longe diversa est. Hæc caussa donationem similem facit legato, ut supra ostendimus. Ideo et hac parte donatio jure legati uti debet. De legatis porro transmittendis sic jus est. Si ante diem legati cedentem decesserit legatarius, ad heredem suum non tranfert legatum. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Legatorum autem dies non cedit testatore vivo, sed dumtaxat a morte ejus. *L. unica*, §. 1. §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Ita lit, ut si prior decedat legatarius, non transeat legatum ad ejus heredem. Quamombrem et in donatione caussa mortis idem jus esse oportuit.

IX. Quod tamen diximus ex his caussis donationem caussa mortis revocari posse sic accipiemus, nisi quid in donando (11) aliud convenerit; puta, vel ut reddatur donatum ex aliis caussis, vel ut citius, vel ut omnino reddatur. *L. senatus*, 35. §. *mortis*, *D. de don.* Quippe etiam donatione caussa mortis negotium geritur, contrahitur, *d. L. senatus*, §. 1. Contractus autem ex conventione legem accipiunt. *L. contractus*, *D. de reg. jur. L.* 1. §. *si convenit*, *D. depos.*

X. Cum supra scriptæ caussæ revocationi locum fecerint, qualis sit revocatio, quæritur; utrum quæ habeat actionem in rem, an vero condictionem dumtaxat adversus donatarium, id est utrum una aliqua ex suprascriptis caussis interveniente, infirmetur donatio ipso jure, atque ita fiat, ut donatarius statim desinat dominus esse rerum donatarum, dominium autem redeat ad donatorem, unde illi in rem actio: an vero donatario adhuc domino manente, tantum donatori sit actio in personam ad res donatas repetendas. Et si de directa actione quæritur, eadem hic conditio est donationis caussa mortis, quæ et cæterarum rerum quæ ob caussam datæ sunt. Condictio nimirum quæ est in personam actio, similiter donatori eo nomine competit, *d. L. senatus*, 35. §. 1. *D. de mort. caus. donat.* Quod cum dicitur, simul excluditur in rem actio, quæ datur donatori. Nemo enim ut sæpe jam diximus, rem suam condicit præterquam a fure, aut malæ fidei possessore, §. *sic itaque*, *Inst. de act. L. ult. D. de usuf. quemadm. cav.* Sed hæc, inquam, dicta sunt de directa actione in rem, et jure civili summo, quo de dominiis rerum constituitur. Cujus regulis convenit, ne dominium ab invito recedat, neve ad alium sine traditione transeat. *L. id quod*, *D. de reg. jur. L. traditionibus*, *C. de pact.* Cæterum in hoc genere ex supra scriptis caussis etiam utilis in rem actio admissa est. Actionem hic in rem esse simpliciter traditur in *L. si mortis*, 29. *D. de mort. caus. don.* Sed (12) utilem esse adjicitur in *L. qui mortis*, seq. Quæ adjectio eo pertinet, ne con-

(11) *L.* 15. §. *ult. h. t.* modo tamen aliquis casus sit in quo maneat revocabilis; alias est donatio inter vivos, deficiente hujus substantia. *L.* 17. *h. t.* vid. Covar. *P.* 2. *Rub. de Testam. n.* 13. Forcat. Necyom. *Dial.* 4. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 12. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 51. *n.* 3 Fachin. 5. *Contr.* 23. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 1.

(12) Ut in arbitrio fit vel revocare condictione quasi re non sequuta vel utili actione (quæ et in factum vocatur) *L.* 18. §. 1. *h. t.* quasi tacito jure dominium redierit vel nunquam discesserit, Cujac. 2. *ad Afric. in L.* 23. *h. t.* Duaren. *de Cond. ca. da. C.* 6. Ex ratione juris sola condictio, ex æquitate etiam utilis in rem actio, quod æquum sit dominium vere translatum haberi pro non translato, seu jam reddito. Quæ et datur (non directa) si ita facta ut transiret domi-

trarium putemus, quod in hac caussa veteres etiam condictionem dederunt, et tamen sciamus ut actio in personam est donatori ejusque heredibus adversus donatarium et ejus heredes: ita hanc actionem non esse impedimento, quominus et donatori sit actio in rem adversus rerum donatarum possessores quoscumque, nam utilis actio cum directa eundem effectum habet. *L. actio, antep. D. de neg. gest.*

XI. Sed unde hæc in rem actio? Est enim præter legem eorum, quæ ob caussam dantur, ex quo genere caussa non secuta condictio est dati, non etiam in rem actio, ne utilis quidem, ut disseruimus supra in genere datorum. Repugnat etiam regulis juris superioribus, quas esse diximus de dominiis rerum transferendis *d. L. id quod, de reg. jur. L. traditionibus. C. de pact.* Et hæc inducta est proprio quodam jure propter similitudinem, quæ huic donationi est cum legatis. Ante posuimus donationes caussa mortis factas legatis comparari. At legatum revocatum sic evanescit, ut testatori ipsi sit in rem actio de rebus prius legatis: quia scilicet dominium earum ab eo non recessit, ac ne recedere quidem ab eo potuit, quandiu vivit, etsi maxime legatum constitisset. Non enim relinquitur nisi a defuncto, ut sic deinde ab herede præstetur. *§. legatum, Inst. de legat.* Quare et in donatione caussa mortis eodem exemplo idem jus admitti oportuit, ut ea revocata, quasi revocatio revocationis legati vim haberet, ita et hic sit donatori in rem actio de rebus donatis. Atenim dicet aliquis, legato revocato interest testatori actionem in rem directam esse, cum dominium semper penes eum manserit. Cur igitur in hac donatione utilem tantum actionem in rem dant veteres, non directam exemplo legatorum? Et si quis donationem proponat ita (13) factam, ut donatum non statim fiat accipientis, sed tunc, cum mors fuerit insecuta, ut fit interdum: quia idem hic fit circa dominium rei donatæ, quod in legato, recte dicetur eandem hic quoque actionem in rem donatori dari revocata donatione, idest directam tanquam de re, non quæ ei restituatur, sed quæ nunquam amissa semper penes eum manserit. *L. si mortis, 29. D. de mort. caus. don.* Quod si ita quis donet, mortis caussa, ut donatum statim fiat accipientis, quod fit ut plurimum, et de cujus donationis revocatione condictionem intelligi volumus, *L. 2. L. senatus, 35. §. 1. L. si mortis, 40. D. eod.* obstant regulæ superiores juris, quominus dominium, quod donatarii esse cœperat, recedat ab eo invito, et ad donatorem redeat. Ideo jus in hac re ita temperatum est, ut non detur directa in rem actio donatori, qui ipso jure dominus non est. At effectu detur, ut sit in rem utilis, quo hic quoque donatio ad similitudinem legati redigatur. Nam, ut dixi, utilis actio eundem effectum habet. *L. actio, antep. D. de neg. gest.*

XII. Sed qualiscumque hæc sit actio, semper hujus donationis revocandæ caussa constat competere condictionem ob rem dati caussa non secuta. *d. L. senatus, §. 1. de mort. caus. don.* Recte ob rem dati, quia huic condictioni toties locus est, quoties aut caussa nondum secuta est, aut non est secuta ex voluntate dantis. Id autem fit, in donatione caussa mortis, sive post pœni-

nium, sed reddatur res si donator convalescat, ex. gr. vel redeat, quia solus eventus conditionis non facit ut dominium recedat, A. Fab. 44. *Err. Prag.* 10. Diss. DD. volentes dominium reverti ipso jure Moz. *de Don. Col. ult. n.* 11. Gomez. 2. *Resol.* 4. *n.* 20. Zas. *ad L.* 12. *de Cond. ca. da. n.* 8. dominia juris intellectu tantum translata condici posse scribens. Fructus vero percepti repetuntur a tempore donationis. *L.* 12. *de Cond. ca. da.* Moz. *d. l. n.* 12.

(13) Sed si ita facta morte confirmetur, quæ inde actio adversus heredes? DD. distinguunt. Si in testamento facta, actio ex testamento. *L.* 1. *C. h. t.* Sin extra id si quidem nudo pacto condictio ex. *L.* 35. *§. pen. C. de don.* Quod impugnat. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 10. vid. et Vaud. 2. *Q.* 13. An et hypothecaria actio pro ita donatis uti pro legatis. Negant vulgo quia specialiter ex privilegio inducta hypotheca ad alios casus extendi non debeat. Sententia placet A. Fab. 48. *Err. Prag.* 9. ratio displicet, quia facile hic extensio fieri posset ex *L. ult. C. h. t.* justa interpretatione. Quin et *L.* 15. *h. t.* fit extensio. Ratio autem Fabro ea videtur; quia, inquit, aut fit per stipulationem, et exinde, nisi pignoris in ea mentio, nasci nequit *L.* 99. *de V. O.* aut per traditionem, et obligationem non parit, cum nec contractus sit. Nulla igitur nec tacita hypoteca, quia illa accessoria ad personalem obligationem. Sed præsupponit eam nec in testamento nec nudo pacto fieri. Quid vero impedit, sic stipulatione celebrata, tacitam hypothecam a lege induci. Siquidem ea est tacita, quæ non ex conventione partium, sed solius legis dispositione. Admissa itaque extensione. *L.* 2. *C. Com. de leg.* necesse erit et hanc recipere. Quare si vera DD. sententia, vera quoque eorundem ratio. Sin falsa hæc, quod magis puto per verba extrema *L. ult. C. h. t.* ex quacunque parte etc. itidem sententia.

tentiam donator decedat, sive decedat mortuo jam ante donatario: quia his casibus moritur donator, idest donationis caussa sequitur, revocata jam ante donatione, aut certe caussa revocationis jam ante constituta.

XIII. Si hic condictio est adversus donatarium, constat esse adversus cum qui sit obligatus ad res donatas reddendas. *L. actionum, de obl. et act* Unde ergo hæc obligatio, ut in hunc locum a nobis referri debuerit? Et res expedita est ex eo quod placet hic esse condictionem ob caussam dati caussa non secuta. Effectum est enim supra totum hoc genus obligationis eorum quæ ob rem dantur, ex contractu esse quia ex tacita conventione; et quia non est nisi de eo reddendo, quod prius acceptum est, ideo re contrahi obligationem. De quo genere obligationum nunc agimus. Quare sciamus et in obligatione hujus donationis, qua tenetur donatarius ad ea reddenda quæ accepit, eadem hæc omnia intelligenda esse, meritoque et obligationem ad hoc genus referri.

CAP. XXXIV.

De precario: Quid sit: Quæ hinc et cujus generis obligatio. Cur tractatio in hunc locum dilata: Tum quibus rebus distet precarium a donatione, et commodato.

Precarii tractactio brevis, et propria hujus loci. I.
Quid sit precarium. II.
Ex conventione esse, et hinc ex contractu precarii obligationem, quæ ex re tradita initium sumit. III.
Conventio hæc tacita; et unde repetatur. IV.
Quare precarium non annumeretur contractibus nominatis. V.
Quatenus obligatione differat precarium a donatione et commodato. VI.
Item quatenus actione. Quo sensu a Paulo civilis esse negatur actio præscriptis verbis. VII.

I. Atque hæc sunt, quæ ad universum genus datorum ob caussam visa sunt pertinere. Quibus pertractatis, breve est, quod de precario subjicimus. Nam hunc quoque contractum ejusdem generis speciem fecimus: dum hoc statuimus hic quoque obligationem ex re nasci, interposite conventione de eadem re reddenda: sed conventione, in qua obligatio non nomine certo contractus indicetur, sed ex sententia contrahentium ratione colligatur. Cujusmodi conventionem in his quæ ob caussam data sunt, supra per omnia agnovimus. Et quid hic agatur, verbi definitio judicabit.

II. Est autem precarium, quod precibus petenti utendum conceditur. Sic enim definit Ulpianus in *L. 1. D. de prec.* Adde, nullo certo præscripto utendi fine aut modo: qua sola adjectione, si rem spectamus, precarium a commodato distinguitur, ut docuimus supra *hujus Libri Cap.* 2.

III. Jam ex hac definitione, quid negotii hic geratur, spectemus. Primum apparet, si qua hinc obligatio est, ex re tradita nasci, cum non sit precarium, nisi quod prius concessum fuerit petenti. Quid autem agitur hac concessione? Nempe hoc, quod adjicit Ulpianus in *d. L. 1. de prec.* ut tamdiu concessum maneat apud accipientem, quandiu is qui concessit, patitur: tunc autem hic recipiat, cum ei libuerit precarium solvere. Conventio igitur hic est, qua de eadem re reddenda, quæ accepta est, agitur. Proinde et hic obligatio ex contractu, quia ex utili conventione: contractus autem is, in quo obligatio hæc omnis re contrahatur, ut quæ ex re tradita initium sumat.

IV. At hic nullam istiusmodi conventionem de re reddenda videmus. Sane nullam, quæ verbis exprimatur. Sed exprimi non est necesse. Satis est ex his, quæ geruntur, tacite intelligi. Quiquid in re gerenda agitur, pro cauto habendum est, ut sæpe antea diximus, quando conventiones tacitæ non minus valent, quam verbis nuncupatæ. *L. 3. D. si cert. pet. L. 4. D. de pact.* Contractum autem hic et conventionem subesse, una hac re veteres satis probant, quod ad precarium repetendum dederunt actionem præscriptis verbis, ac non tantum interdictum. *L. 2. D. de precar.* Non est enim actio præscriptis verbis, nisi ex contractibus. *L. 2. et L. 3. D. de præscr. verb.* Unde ergo conventio ista intelligitur? Ex eo, inquit Ulpianus, quod precarium beneficii est et liberalitatis. Natura autem æquum est, tamdiu te liberalitale mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Hoc ille in *L. 1, et 2. D. de prec.* Atque ut hoc æquum:

ita ut fiat, dantis et accipientis idem sensus est. Hic autem sensus, conventio.

V. Sed cur precarium non inter eos contractus referimus, qui sub nomine certo conventionem reddendi habent? præsertim cum inter eos numeretur maxime commodatum, cui simile esse precarium diserte Ulpianus scribit in *d. L.* 1. *de prec.* Et quidem ego ita volui aliquando, et propter similitudinem facerem libenter. Sed veteres prohibent, qui precarii recuperandi caussa (1) actionem præscriptis verbis dantes, satis nos docent precarium non esse ex genere eorum contractuum, quorum appellationes ullo jure civili sunt proditæ: si quidem de his negant competere actionem præscriptis verbis. *L.* 1. 2. 3. *D. de præscr. verb* Unde et hos contractus titulis quam longissime dissitis alterum ab altero diviserunt. Qui minus ergo precarii verbum nomen sit proprium contractus, quam commodati? Quia precarii verbum, ut apparet, pertinet generaliter ad res omnes, quas precibus ab alio impetramus, sive ad usum, sive ad fructum, sive ad proprietatem: itaque et commodatum ipsum, precarium est. Quæ res declarat non esse hanc appellationem certi alicujus contractus. Non immerito igitur et hunc contractum ab eo genere removemus, in quo est commodatum. Nec aliunde magis hujus nominis, et conventionis, quæ hic inesset, incertitudo animadverti potest, quam quod ab initio de precario interdictum tantum propositum fuit, quasi de eo aliæ ac iones tanquam ex contractu deessent. Tandem agnita hic quoque reddendi conventione, etiam in eo contractum esse veteres admiserunt: sed contractum incerti nominis: unde et actionem præscriptis verbis, ut dixi, dederunt.

VI. Quod de hujus contractus natura notandum sit, duo sunt precarii propria, quibus et a donatione et a commodato distinguitur, obligatio, et actio. Quid his rebus distet a donatione, satis constat. Utrumque quidem liberalitatis est: sed qui donat, inquit Ulpianus in *d. L.* 1. *de prec.* sic dat, ne unquam recipiat: at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum visum erit reposcere. Ita precarium revocari potest. Donatio semel perfecta non revocatur, nisi ex his caussis, quibus postea incidentibus placet jure revocari posse, de quibus supra diximus. Eaque summa est Tituli. *C. de revoc. donat.* Quod si commodatum cum precario (2) comparari placet, sic precarii obligatio est, ut sit ex parte mi-

(1) Diss. Cujac. 4. *Obs.* 7. volens esse donationem magis quandam, ac præscriptis verbis actionem dari magis ex bona fide. *L.* 2. §. 2. *h. t.* id est æquo et bono, tacitoque contractu quam ex negocio gesto. Et *ad L.* 38. *de R. I.* putat esse quasi contractum. Et contractum esse negat. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 10. per *L.* 14. *h. tit.* Nemo enim alium jure civili ex beneficio et liberalitate obligat. Heur. Heideicc. in *L. naturalis de præscr. verb. Axiom.* 30. duo precarii genera statuit. 1.º Vere gratuitum ob puras preces concessum, nec tempus nec modum finemve recipiens, nec actionem civilem pariens. *L.* 14. *h. t.* 2. Cui lucellum aliquod, exemplo commodati. *L.* 5. §. 2. *Commod.* accedit. *L.* 20 *h. t.* quod modum et quidem finem, est non itidem tempus aversatur. *d. L.* 20. *L.* 4 §. *ult. L* 5. *h. t.* Ex hoc, ait, solo præscriptis verbis actionem, quia etsi contractus non sit, tamen, ad instar donationis quandoque per contractum innominatum celebratur. *L. ult. C. de permut. L.* 8. *C. de cond. ob causs.* et civilis geritur negocium cum et precario dans utilitatem aliquam percipiat. Sed nec hanc distinctionem satis firmam puto, quam aperte repudiare videtur. *L.* 2. §. *ult.* verbis *ex hac solummodo caussa quod preces adhibuit.* Nam nec in commodato ab initio honor aut remuneratio intervenire potest, sed finito rei usu etc. arg. eorum quæ *supra Lib.* 13. *C.* tu. *N.* 7. Nec ille interventus variat naturam illius aut efficit ut species opposita Commodati constitui possint. 2.º Gratuitum et mercenarium, quia quæ ex accidenti veniunt differentiam specificam non inferunt. Nec, etsi eam firmam esse largirer, satis apte tamen verba late patentia *d. L.* 2. §. 2. *L.* 19. §. *ult.* tam angustis finibus coerceri debere concederem. Denique precarium omnimodo tempus aversari aperte probat. *L.* 12. *pr. h. t.* Nec ad rem faciunt *dd. L.* ab Heideccio allatæ. Nam ad tempus quidem rogari posse probant, nec minus poterit, nudis precibus; sed ad illud necessario perdurare minime inferri potest, id quod *d. L.* 12. *pr.* plane negatur. vid. A. 3.

(2) Cujac. 23. *Obs.* 21. sic: Ex commodato ultro citroque obligatio, ex precario non item. Intempestive enim revocare potest, qui precario dedit, quod non potest commodans. Et hinc in precario dolus solum venit, 2.º ait Cujacius maxima differentia nostris ignota: Pupillus actione Commodati non tenetur, nisi vel locupletior, vel dolum admiserit. Interdicto autem de precario indistincte, etsi rogaverit sine tutore. *L. ult.* §. *ult. h. t.* Ratio ex varietate formularum: illic, *Quod te dare oportuit:* hic, *Quod precario habes.* Nec enim ut Interdictum hoc datur, quæritur an sit obligatus, sed an rem habeat. Sed nondum perspicio ego, qui facile contingere queat ut pupillus acceptione precarii, si rem adhuc habeat, eo enim casu solo tenetur *d.* §. *ult.* redditus sit pauperior, seu, quod idem est, non locupletior. Nec igitur video quæ illa maxi-

nur, quam in commodato; ex parte plenior. Minor in eo, quod cum in precario utilitas solius accipientis non minus versetur, quam in commodato, placet tamen in precario eum qui accepit, dolum præstare; culpam nequaquam, nisi dolo proximam. Sic est de eo edictum prætoris. *L.* 2. *L. quæsitum*. 8. *§. eum quoque*. *D. de prec.* Æquitas hæc interprete Ulpiano in *d. §. eum quoque*, quod totum precarium ex liberalitate descendit ejus, qui precario concessit. Unde intelligi vult, et recte, usum quoque precarii apud accipientem liberum esse debere ita, ut ne quid ab accipiente exigatur secus, quam pro captu suo intelligit, et quam in suis rebus faceret. Sed cur non idem dicamus in commodato, quod et ipsum beneficii est et liberalitatis? *L. in commodato*, *§. sicut. D. commod.* Eo fit, quod cum in commodato præscribatur certus utendi finis aut modus: *d. L. in commodato*, *§. sicut.* hactenus etiam liber usus rei commodatæ denegatur commodatario, ut hac parte se commodator respiciat, non accipientem. Rursum ex parte major est precarii obligatio, quod commodatum repeti non potest, priusquam commodatarius ad modum et finem præscriptum usus sit: Precarium autem, ut supra posuimus, quandocumque danti visum est, (3) repeti potest: *d. L.* 1. 2. *D. de prec.*

VII. Jam actio precarii nomine non certa et vulgaris, ut in commodato, et similibus contractibus, quorum sunt certæ jure civili proditæ actiones: sed actio præscriptis verbis, ut dixi; nempe ut in his; quorum non sunt vulgaria et usitata nomina actionum. *d. L.* 2. 3. *D. de præscr. verb.* Sed an videtur Paulus actionem præscriptis verbis admittere de precario, qui in *L. interdictum*, 14. *D. de prec.* scribit interdictum de precario ideo interdictum esse, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset? nam certe actionem præscriptis verbis constat esse actionem civilem. Sic nominatur in *L. solent*, *D. de præscr. verb. L. jurisgentium*, *D. de pact.* Et civilis verbum ambiguum est. Proprie juris civilis actio dicitur, quæ est directa, idest ipsis verbis juris civilis prodita. Hoc sensu recte negat Paulus de precario ullam actionem competere juris civilis. Nam nec talis est actio præscriptis verbis. At paulo generalius etiam dicitur civilis actio, quæ est (4) utilis, idest inducta ex sententia legis per interpretationem. Ac talis est præscriptis verbis actio, ut pluribus ostendimus in *Libro de præscriptis verbis et in factum actionibus*, *Cap.* 23. Quo jam ex sensu recte dicatur hæc actio civilis, quam prius juris civilis actionem esse negat Paulus. In quam sententiam etiam plura scripsimus ejusdem *Libri Cap.* 20.

ma, interpretibus ignota, differentia. 3.° Heres rogantis precario non tenetur, nisi quatenus ad eum pervenit, seu quatenus habet. *L.* 8. *§. ult. h. t.* Heres commodatarii, etsi nihil pervenerit. *L.* 12. *de D. et A.* Recte hæc, quæ et satis probant Precarium non esse contractum. Addit Gomez. 2. *Resol.* 7. *n.* 1. quod in precario transeat possessio naturalis. *L.* 15. *§. pen. et ult. h. t.* non æque in commodato, vid. et de differentia a Commodato Covar. 3. *Resol.* 15. *n.* 7. Mozz. *de Commod. Col.* 3. *de essentialib. n.* 8. *et seqq.*

(3) Quia cum non fiat ad certum et destinatum usum, ideo non, uti in Commodato, tacite tempus censetur adjectum. Menoch. *Arb. C.* 23. Quin nec conventio aperta, ut ad certum tempus precario teneatur, quidquam repetenti obest. *L.* 12. *pr. h. t.* quia substantiali formæ precarii contraria, Hot. *Ill. Q.* 37. Bron. 1. *Ass.* 41. Implicat autem contradictiones, ut precario quis teneat ad tempus, quia precario est quandiu voluerim. A. Fab. *ad L.* 7. *§.* 5. *de pact.* Sane confestim atque res concessa est, repeti non posse, ne beneficium corrumpatur, aut officiat potius; sed dato aliquali temporis spacio humanius est per *L.* 17. *§.* 3. *in fi. Commod.* Covar. 3. *Var. Resol.* 15. Vinc. Caroc. *de Excuss. bonor. P.* 2. *Q.* 14. *n.* 36. diss. Cujac. *in Par. C. h. t.* Finitur et precarium morte accipientis, nec ad heredes transit *d. L.* 12. *§.* 1. Nec obstat, *L. pen. h. t.* Nam ibi *suorum* nomine domestici significantur, non heredes. Gothofridus *ibid.* Forner. 3. *Rer. Quotid.* 4. Non autem morte concedentis, antequam heres revocat. *L.* 8. *§.* 1. *h. t.* Quod Deci. ad *L.* 23. *de R. I. n.* 13. *et seq.* ac Covar. 3. *Resol.* 15. *n.* 3. *et* 4. declarant, si scilicet simpliciter, vel donec revocatum fuerit, constitutum sit; quia revocatio morte non contingit, sed ad eam nova voluntas requiritur. Sed si ita donec voluerit concedens, morte finiri putant, quia voluntas expirat. *L.* 4. *Locati.* Nec recte. *Gl. in d. L.* 8. *§.* 1. novum precarium induci. Quin imo idem manet et dicitur transire; non igitur novum. Si de nova concessione agitur, etiam heres rogantis eam impetrare potest. Vid. Georg. Eneneckel. *Lib.* 3. *de Privil. C.* 1. *n.* 11. *et seqq.*

(4) Ita et Pac. 7. *Q.* 21. Actio præscriptis verbis nulla lege constituta, sed interpretatione ICtorum inducta. Deinde resp. Pac. Interdictum de precario esse antiquius actione præscriptis verbis. Et tempore interdicti propositi nullam fuisse actionem civilem. Aliter Heideic. ut *supra* A. 2.

CAP. XXXV.

De altero genere obligationum quæ re contrahuntur, in quo quid ita datur, aut fit, ut pro eo præstetur aliud.

Transitio ad eos contractus, in quibus quid datur aut fit ita, ut præstetur aliud. I.
Horum tractatio brevior, et quare. II.
Contractuum, qui expressum factum et conventionem habent, species quatuor, et quæ. III.
Obligatio omnium communis præter pauca quorundam ex his propria. IV.
Communis quoad tria 1. *Quoad civilem obligationem.* V.
2. *Eamque interventu rei initam.* VI.
3. *Quoad præscriptis verbis actionem, eamque solam.* VII.
An in ea specie, facio ut des, *competat actio præscriptis verbis, an vero de dolo.* VIII.
Quæstionis caussa et utilitas. IX.
Pauli locus paucis exponitur in L. si naturalis 5. §. quod si faciam D. præscr. verb. X.
Fusior ejusdem loci, et totius quæstionis explicatio quo e loco petenda. XI.
In his duobus generibus: do, ut des: do, ut facias *obligatio propria; eaque duplex actio.* XII.
Utroque cum obligatio, tum actio non concurrit; sed vel una, vel altera optanda. XIII.
Quando condictio dati cesset in illis duobus generibus: et quæ alia sit actio subsidiaria. XIV.
Quare una dumtaxat in his: facio, ut des; facio, ut facias, *contrahatur obligatio; et quæ illa.* XV.
Quæ ad contractus pertinent, qui incertum habent factum, aut conventionem, quo loco disputata. XVI
Nonnulla de dotis promissione, actione, hypoteca. Aliorum inopia excusata, aliorum indicata tractationis sedes. XVII.

I. Satis jam dixisse videmur de primo genere summo eorum contractuum, qui re fiunt. Sequitur alterum, de quo cognoscamus. Meminerimus enim duo genera summa eorum contractuum initio a nobis posita esse, quorum in uno res daretur, ut reddatur idem vel specie, ut in commodato, vel genere ut in mutuo: in altero ita quid detur aut fiat, ut præstetur aliud. Primum genus rursum in duo alia genera subjecta nos divisisse, ut unum esset eorum, in quibus conventio de re reddenda nomine proprio contractus indicaretur, cujus generis hi sunt, Mutuum, Commodatum, Pignus, Depositum, Dos, Donatio propter nuptias: Alterum eorum in quibus conventio de eadem re reddenda nec exprimeretur verbis, nec designaretur ullo certo nomine contractus, sed ex sententia contrahentium ratione colligetur. In quo genere posuimus res ob caussam datas, et quæ hujus generis essent, quibusque de caussis repetendi jus esset, ostendimus. Posuimus in eodem genere et Precarium. De quorum omnium natura, et obligatione cum dixerimus; nempe nobis restat alterum illud eorumdem contractuum genus, in quo sunt hi, in quibus id agitur, ut re aliqua data factave præstetur aliud.

II. In quo explicando nunc eo erimus breviores, quod quæ huic generi species subjectæ essent, satis supra exposuimus *Lib.* 12. *Cap.* 14. Itaque his inde petitis, tantum quod superest, et quod præcipue in contractibus exsequi instituimus, eorum naturam attingam, et quid ad obligationem proprium habeant, breviter ostendam.

III. Et sint in hoc genere primum illi contractus nobis propositi, qui expressam traditionem, et expressam de alia re præstanda conventionem habent. Diximus, quod natura nos docet, et hinc sumptum tradit Paulus in *L. naturalis,* 5. *D. de præscr. verb.* hujus generis quatuor esse species. Aut enim do, ut des, veluti, do tibi Pamphilum, ut mihi Stichum des: do ædes, ut mihi des fundum Cornelianum: in quo genere versantur permutationes, item et divisiones rerum communium. Aut do, ut facias, veluti, do Stichum, ut Pamphilum manumittas: do pecuniam, ut negotia mea geras. Aut vice versa facio, ut des. Ut manumitto Stichum, ut mihi Pamphilum des; remitto tibi actionem quam institui, ut mihi fundum illum cedas. Aut facio ut facias. Veluti, negotia tua hic gero, ut mea geras Romæ; Stichum manumitto, ut Pamphilum manumittas. In his si de obligatione quæritur, de eo sic habendum est. Non sunt hæ species ut discrimine factorum, sic jure ita distinctæ, ut singulæ diverso jure habeantur. Continentur eodem jure prope omnes. Proprii in singulis nihil admodum; aliquid tamen.

IV. Sit igitur initio hoc constitutum, in obligatione horum generum, quæ modo, ut

dixi, expressum factum; et expressam conventionem habeant; qualia supra proposuimus, quædam esse omnium communia, ac prope omnia; quædam quæ pauca sunt, quorundam ex his propria.

V. Communia sunt hæc tria; ad rem petendam de qua convenit, obligatio civilis; obligatio quæ re contrahitur, et una actio præscriptis verbis, non aliæ. Primum ex omnibus obligatio pariter nascitur jure civili, ut des aut facias id de quo nominatim convenit, ut dares aut faceres, unde et in singulis contractus. *L. jurisgentium*, in pr. *D. de pact.* Non enim hic nuda est conventio, ut quis dicat ex pactio actionem non nasci, ut est regula juris; *d. L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *D. de pact.* sed præter conventionem res accessit. Dedi amplius aut feci aliquid ea conventione, ut vicissim illud de quo convenit, dares aut faceres: in quo negotium civile et ad firmandam obligationem præcipue efficax geritur. *L. legem C. de pact. L. solent, D. de præscript. verb.*

VI. Secundum illud commune, ut in omnibus obligatio re contrahatur. Qua parte obligatio ad id genus, quod tractamus, pertinet. Volumus enim superiora facta sic intelligi, ut in his vere ideo nascatur obligatio quia prius dedi, aut feci, ut deinde vicissim quid dares, aut faceres. Illos autem contractus, in quibus eadem quidem facta interveniunt, sed ita, ut sine his ab initio nascatur solo consensu obligatio, hic excipi volumus: ut et verbis ipsis superiorum generum propemodum removentur. Ac de his supra diximus. In quibus vero non aliter nascitur obligatio ex conventione quam si prius dederim aut fecerim, ut ex conventione dares faceres: in his vere diximus obligationem re contrahi: ut in quibus res tradita initium præbet obligationi, ut de permutatione Paulus loquitur in *L. 1. D. de rer. permut.* Sed et de eo plura diximus supra *Lib. 12. Cap.* 12.

VII. Tertium efficitur ex prioribus duobus, ad effectum quidem obligationis pertinens, verumtamen ex effectu obligationem istorum generum confirmans. Id autem tale est, nam cum in his generibus omnibus obligatio nascatur ex contractu, et eo qui jure fiat, in quo vel maxime geritur negotium civile: consequens est ex una eademque obligatione actionem quoque unam esse, omniumque communem: id est ex civili obligatione civilem quoque actionem, et eam quæ dicitur a veteribus actio præscriptis verbis, in factum, præscriptis in factum verbis. Quod eo pertinet, ut statuamus ex nullo istorum generum esse actionem de dolo, ubi civilis actio ex civili obligatione et contractu competat. Ita enim est conditio actionis de dolo, ut non sit ei locus, si ulla alia actione, ullove remedio alio res salva esse possit. *L. 1. §. ait*, et deinceps, *L. et eleganter*, in pr. *D. de dol. L. pen. D. de in integr. rest.*

VIII. Ac de tribus illis non dubitatur, cum do ut des, do ut facias, facio ut facias. In quibus omnibus ut fiat, quod promissum est, esse actionem civilem præscriptis verbis diserte scriptum est in *L. naturalis*, in princ. §. 1. *et ult. D. de præscript. verb.* In quarta specie, cum facio ut des, ut negotium idem, eadem civilis obligatio hinc nona eandem actionem admittunt, ut dixi, probaturque in *L. 1. L. 3. D. eod.* sic ei multos locos in eandem sententiam diserte scriptos legimus, ut *L. solent. 15. L. si tibi polienda. 22. D. de præscript. verb. L. cum mota, C. de transact. L. jurisgentium*, in princip. *D. de pact.*

IX. Sed rem dubiam fecit Pauli locus de hac specie in *d. L. naturalis*, §. *quod, si faciam*. In quo ille repudiata ut videtur, actione prescriptis verbis, solam relinquit actionem de dolo. Sic enim scribit: *quod si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio. Et ideo de dolo dabitur*. Actionem præscriptis verbis civilem esse constat. *d. L. solent*, *de præscr. verb. L. jurisgentium*, *D. de pact.* Quare cum nullam actionem civilem ex hoc genere esse dicit, si generalitem verborum sequimur, aperte actionem præscriptis verbis excludit. Merito igitur quærendum de ejus loci sententia, et in ea controversia utram potius ex his actionibus in hac specie et quam convenienter ei loco dandam putemus. Neque hoc supervacue quæritur, quasi nihil intersit utra detur ad id petendum, de quo convenit, dummodo detur aliqua. Nam inter has actiones ad jus tam actoris, quam debitoris multum interest. Actio præscriptis verbis famosa non est. Nulla enim actio hujusmodi notatur edictio de infamibus. *L. 1. D. de his qui not. inf.* Actio de dolo damnatum eo judicio infamen facit eodem edicto. *L. 1. de his qui not. inf. L. pen. D. de in int. rest.* Actio præscriptis verbis, quia ex contractu est, et rei persecutionem continet, perpetua est, heredibus datur, et in heredes. *Institut. de perp. et temp. action.* in princip. et §. 1. Actio de dolo intra biennium solum conclusa est. *L. ult. C. de dol.* Et quia ex delicto est, ac pœnam continet, in heredem non datur, nisi de eo quod ad eum pervenit. *L. si plures*, §. 1. *D. de dol.* Merito ergo redimus ad quæstionem, utram actionem ex his in proposito dan-

dam putemus, et in eo quæ sit superioris loci sententia. Et jam dixi, etiam tunc cum feci, ut dares, esse mihi actionem præscriptis verbis, qua tecum agam in id quod mea interest, si non des id de quo convenit: eo fieri, ut in eam rem non sit de dolo.

X. Quod ad superiorem locum Pauli attinet, fatendum est eum plane repugnare, si generalitatem verborum sequimur. Sed efficiendum est, ut præcedentibus subserviat, atque ex his ita interpretandus, ut si faciam ut des, ac posteaquam feci, cessas dare, nulla sit civilis actio: intellige, nulla talis, qualem supra commemoravit, id est nulla conditio ad repetendum id quod factum est, aut ejus facti incommodum. Nam prius duas actiones posuerat, actionem præscriptis verbis de eo quod convenit, et condictionem ejus quod datum est. Actio quidem præscriptis verbis dicitur civilis, sed minus proprie. Paulus certe ipse, de cujus sententia nunc agitur, alibi negat esse civilem. Negat enim in *L. interdictum, D. de prec.* ullam actionem juris civilis, id est civilem, competere de precario: ut appareat, si de eo etiam actio est præscriptis verbis, ut certe est: *L. 2. D. de prec.* hanc actionem Paulo non esse civilem. Quod quomodo accipiendum sit, supra proximo capite ostendimus. At condictio ob caussam dati caussa non secuta omnium consensu et civilis est, et vere civilis, quia certa, et certo jure prodita. Priore igitur remota ex usu loquentis, intelligendum est relinqui hanc ipsam condictionem dati factive quam neget Paulus in specie proposita ullam esse. Itaque hic erit sensus: eum feci ut dares, si posteaquam feci, cesses dare, nulla mibi condictio est ad revocandum id quod feci, ut in superioribus generibus duobus condictio est ad repetendum, quod dedi. Et ideo de dolo dabitur: nempe hoc ipso casu, in quem condictio petitur, et alia actio nulla est; et dabitur in hoc, ut quod mihi eo facto abest, id reddatur, in quam sententiam *L. cum proponas. C. de dol.*

XI. Indigebat hæc interpretatio, ut in re usque adeo controversa, multo pluribus verbis et confirmatione certiore. Sed hoc loco omitto consulto: quia de hac re tota disserui copiosius et ex professo in libro de præscriptis verbis et in factum actionibus. Unde si quis requirat certiorem explicationem totius hujus quæstionis petere licebit. Maneat ergo, quod proposui, superiorum generum communia esse hæc tria, cum de eorum obligatione quæritur; ut pariter ex omnibus sit obligatio civilis ad id præstandum, de quo convenit; ut sit ea, quæ re contrahatur. Ut quoniam civilis hæc obligatio est, sit ex ea quoque civilis actio, cujus ea vis sit, ut ad id petendum de quo convenit, actionem de dolo excludat.

XII. Sunt et in his generibus quædam quorumdam propria. Et duorum priorum, cum scilicet do ut des, aut do ut facias, proprium hoc est, ut sit in utroque duplex obligatio, et duæ um rerum. Apparet enim in utroque id quod datur, dari ob caussam ut aliquid sequatur, dum ita datur, ut des aut facias. Hinc, ut dixi, obligatio duplex. Una ex conventione aperta, qua continetur, ut des aut facias, ex qua est ad eam petitionem præscriptis verbis actio. Qua parte pertinet obligatio ad id genus, de quo nunc agimus, in quo quid datur aut fit, ut præstetur aliud. Altera est ex conventione tacita, posita in eo, ut quod datum est, reddatur. Diximus enim supra, quidquid ob caussam non inhonestam datum est, caussa nondum secuta etiam ex pœnitentia repeti posse, *L. 3. L. 5. D. de condict. caus. dat.* Unde et condictio ob rem dati caussa non secuta. Hæc obligatio pertinet ad prius illud genus, quo id agitur, ut reddatur idem quod datum est, non aliud. In quo et de hac specie ante diximus.

XIII. Obligationes tamen hæ et actiones ejusmodi, non quæ concurrant una, sed quarum altera uti liceat, prout ei qui dedit, visum fuerit; aut petere, quanti interest ejus illud, de quo aperte convenit, accipere; aut datum repetere re nondum secuta. *d. L. naturalis,* in princip. et §. 1. *de præscr. verb.* Nec quisquam miretur ex uno contractu duas esse duarum rerum adversarum obligationes. Unus enim contractus est, si complexum conventionum spectamus, quia earum unus est complexus. Re autem vera duo hic facta, duæ conventiones. Una ut des aut facias: altera, ut priusquam dederis feceris, reddas quod accepisti, si visum erit repetere.

XIV. Quod tamen dicimus in his generibus esse dati condictionem, hactenus verum est, nisi servum tibi dederim, ut dares quid aut faceres; deinde servum acceptum manumiseris, ac postea cesses dare id, de quo convenit. Nam hic manumissum condicere non possum, qui liber factus desiit esse in commerciis, eoque et versari posse in hominum petitionibus. Sed ne tibi dolus tuus prosit, placet te nihilominus mihi teneri, ut manumissi æstimationem præstes, si malim hanc consequi, quam petere, quod promisisti. In quam rem cum non sit condictio, quia æstimationem tibi non dedi,

restabat, ut si quam hic ationem esse vellemus, esset eo nomine actio de dolo. Quod et placuit: eaque species est, et sententia *L. cum proponas. C. de dol.*

XV. In duobus generibus reliquis, eum facio ut des, aut facio ut facias, una tantum contrahitur obligatio ut des aut facias. Ut autem reddas, quod feci, nulla, si quidem dolus tuus absit. Nam condictio quidem facti per rerum naturam nulla est, ubi nec factum putest reddi, quod præteritum evanuit: nec mutando revocari, quia facta, infecta fieri possunt. *L. in bello*, §. *facta*, *D. de captiv.* Poterat superesse actio de dulo; sed huic locus non est nisi adversus eum, qui dolum admisit, fecitque dolo malo, ut cum ego fecissem, tum non daret aut faceret, quud promisit. Quod si dolus ejusmodi aliquis arguatur, tum erit actio de dolo, de qua Paulus scribit in *d. L. naturalis*, §. *quod si faciam.* Sed in hanc rem, ut dixi, non ut præstes id de quo convenit, sed ut si malim, præstes quanti interest mea factum non fuisse, quod feci. In quo inest quasi quædam facti revocatio.

XVI. Hæc de his contractibus hujus generis, in quibus aperte quod præstatur ea lege item nominatim interposita, ut præstetur aliud. Monui supra eodem *Capite* 14. *Lib.* 12. etiam ad hoc genus pertinere quosdam contractus, in quibus cum idem fiat, et agatur, quod in superioribus: tamen hoc distent, quod aut factum prius incertum habeant, aut habeant incertam conventionem, prioris generis esse promissionem dotis, et salarii pollicitationem: posterioris obligationem judicati, jurisjurandi, et eam qua eitra conventionem ullam tenemur certis quibusdam personis, his scilicet, quibus in eam rem extraordinariæ actiones propositæ sunt. In quibus caussis uti factum præcedens erueretur, ubi item conventio de alia re præstanda, ac proinde uti in omnibus intelligeretur obligatio re contrahi, satis diximus eodem illo *Cap.* 14. *Lib.* 12. quia tum locus hanc explicationem postulabat. Quare his omissis, quid in his proprie notandum putem, quod ad eorum naturam plenius cognoscendam pertineant, paucissimis perstringam. Promissio dotis tunc valere incipit, cum nuptiæ secutæ sunt. Ex ea est actio in personam. Quæ sit, eodem illo capite a me scriptum est. Sed ei præterea privilegium hypothecæ adjunctum, ut quisquis dotem promisit marito, aut etiam pacto pollicitus est, ejus res omnes pro dote sint tacite pignori obligatæ. Constitutum a Justiniano in *d. L. unica*, §. *et ut plenius*, 2. *C. de rei uxor. act.* Salarii pollicitatio præter ea quæ eodem loco scripsimus, nihil habet quod magnopere notemus. Indicati obligatio et actio persequitur executionem rei secundum actorem judicatæ. Proinde non prius qualis ea sit, recte intelligi potest, quam cognitum erit, quæ sit judicii ratio quid rite judicatum. Ideo et de ea in exsecutione sententiæ dicetur opportunius. Jusjurandum ad dirimendas conventione lites, eoque et ipsum ad judicia pertinet. Nos de hac specie ex professo scripsimus ad *Tit. D. de jurejurando.* De extraordinaria actione, quæ de honorario certis personis proposita est, nihil habeo amplius, quod moneam, quam quod his comprehensum est in *L.* 1. *D. de extr. cognit.* et quod de origine et caussa hujus petitionis adjeci eodem capite, quod aliquoties jam indico, id est. *Cap.* 14. *Lib.* 12.

CAP. XXXVI.

De obligatione verborum: Hujus unam caussam esse stipulationem: Stipulatio quid sit, et unde nomen: Quibus rebus ea perficiatur: Quæ ejus species: Quæ binc obligatio; Et quam recte ex verbis inducta, quæ sine ejusmodi verbis solo consensu nulla esset.

I. Hactenus de eorum contractuum natura et potestate, in quibus non sola conventio, sed res ante data factave ad conventionem accedens initium obligationi præbet, qui ideo re fieri dicuntur. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Hos sequitur in divisione a Justiniano proposita id contractus genus, quo verbis ad conventionem accedentibus (1) contrahitur obligatio. Et hoc quale sit, jam ordine consideremus.

II. Illud primum, quæ hic verba accipere debeamus. In quo, ne plura hic quæramus, quam necesse est, ante omnia sic habendum puto, eorum verborum, quæ valeant ad constituendam obligationem verborum eam, de qua nunc agimus, unum genus esse, non plura: unam denique conceptionem verborum caussam esse verborum obligationis, quemadmodum et una est verborum obligatio. Ea verba sunt interrogatio et responsio inter aliquos interposita de re aliqua præstanda, cum unus interrogat, an alter dare velit quid, aut facere; qui autem interrogatus est respondet se daturum, facturumve. Ut, decem dabis? dabo. Insulam mihi in illo loco ædificabis? faciam. Sic describuntur hæc verba in hoc genere obligationis. *Inst. de verb. obl.* in pr. *L.* 1. §. *verbis*, *D. de obl. et act.*

III. Est autem hæc conceptio verborum ea, quæ in usu juris uno verbo dicitur stipulatio. Sic enim stipulatio definitur, verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus

(1) Cujus origo an juri gentium an civili adscribenda? Posterius placet Vacon. 5. *Declar.* 168. Cujac. *ad L.* 1. *h. t. et ad L.* 1. *de pact. et in not.* §. 2. *I. de I. N. G. et Civ.* 5. *Obs.* 36. et 14. *Obs.* 40. Vult. *Pr. I. h.* 1. *n.* 4. *et seqq.* Cl. David *in d.* §. *jus a. gent.* 2. *n.* 6. Gœd. *de Contr. stipul. C.* 2. *Concl.* 1. Contra Rev. 2. *Var.* 5. Forcat. *Dial.* 72. *n.* 1. (hoc præter cætera argumento, quod per stipulationem. Lex lata rogatione et responsione populi) Walt. 1. *Misc.* 11. Hopper. *Lib.* 2. *πειθανῶν pag.* 34. origine esse juris civilis sentit, usu juris gentium, et exteris etiam permitti. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. fidei c. C.* 1. *sub. fi.* olim fuisse juris civilis, hodie juris gentium etc. sed plenius hanc quæstionem excutit Gœd. *d. C.* 2. quam ad hoc adi.

est, respondet. *L.* 5. *§. stipulatio, D. de verb. obl.* Ut apparet verborum obligationem eandem esse, quæ nascitur ex verbis, et quæ nascitur ex stipulatione. Nominis ratio hujusmodi est. Nam in hac actione interrogandi respondendique sic personæ et facta contrahentium verbis notata et distincta sunt. Qui interrogat, an alter daturus sit, aut facturus necne, dicitur stipulari sibi quid ab altero. Qui respondet se daturum facturumve, dicitur (2) promittere, item et spondere. Nec unquam ista ita confunduntur in usu juris, ut qui stipulatur, dicatur promittere; aut qui promittit, stipulari, quandiu quidem stipulari active sumitur, ut fere semper; alioqui etiam in passiva significatione interdum usurpatur de reo qui dicitur stipulari; et stipulatus, pro eo quod est interrogari, et interrogatus, seu stipulatione obstringi, et stipulatione obstrictus. Sed hoc rarius. In hoc quidem argumento, quod sciam, fere nunquam. Hinc stipulator et promissor ubique opposita; ubique stipulandi reus, et reus promittendi. Sed tamen obtinuit, ut tota conceptio interrogationis istius et responsionis diceretur stipulatio: nempe ex parte totum, non sane proprietate et comprehensione verbi, sed (3) consequentiæ necessitate, cum ea pars ponitur, qua posita, propter conjunctionem necesse sit alteram intelligi. Quod in hac parte accidit, ubi non est ad obligationem stipulatio seu interrogatio utilis responsione. Quod et in innumeris aliis appellationibus rerum observatur, ut donatione, promissione, sponsione, fidejussione, satisdatione satis acceptione, et similibus. In quibus cum res geratur inter duos: quorum actiones verbis sunt distinctæ, ex unius tamen facti appellatione tota actio designatur ob eam conjunctionem partium actionis, quam dixi.

IV. Stipulandi autem verbum etiam pro interrogare an des aut facias, prima fronte obscuram rationem habet. Neque enim stipulari idem valet, quod interrogare. Sed nihilominus interrogationi isti optime convenit. Est enim stipulari, interrogando quem an det aut faciat, sibi ab eo cavere, et firmare obligationem. Origo verbi indicat, dictum est stipulari vel (4) a stipando, ut Varroni placet: vel, ut aliis, a stipulo, quod antiquis firmum significabat. Quod et nostri secuti sunt. Utrumque autem huc redit, ut dictum sit a firmando. Nomen ex re. Inventa est enim stipulatio firmandæ et adstringendæ obligationis caussa. Quod ex effectu et obligatione postea intelligetur. Hæc attigi breviter, et sine alia probatione consulto, quia eadem ista exposita sunt a me, et confirmata diligentius ad *L.* 5. *§. stipulatio, D. de verb. obl.* unde licet sumere.

V. Redeo ad caussam hujus obligationis, quæ est in superiore conceptione verborum interrogationis et responsionis, uno autem verbo in stipulatione. Sic enim ut dixi, ea conceptio appellatur. Atque hanc quidem certam caussam esse constat, ex qua nascatur ista obligatio, de qua postea. Sed an sola hæc caussa ejus obligationis? Dixi (5) unam hanc esse, non plures. Idque ita est. Indicant tractationes de hoc genere, quæ extant cum in *Institutionibus*, tum in *Pandectis*. Nam in divisione obligationum pertractanda, cum ventum est ad obligationes verborum, una hæc caussa ejus obligationis

(2) Cujac. 15. *Obs.* 22. minus esse promittere quam spondere: Seneca. *Jam non promittunt de se, sed spondent.* Et verbo promittendi sæpe pactum significatur et pollicitatio et omnis contractus. *L.* 9. *pr. de duob. reis. L.* 5. *C. h. t. L.* 19. *§.* 2. *de æd. ed.* et A. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. *p.* 987. Sed et vocis *spondere* latiorem sensum esse, nec tantum ad stipulationem, verum quoque ad pactum pertinere, reprobat Gœd *ad L.* 7. *de V. S. n.* 18. per *L.* 7. *§.* 12. *de pact.* ubi tamen vers. *nisi contrarium.* Triboniani esse contendit. Hoc. 7. *Obs.* 3. respicientis *ad L.* 10. *C. h. t.*

(3) Propter relationem Baro. *in L.* 1. *h. t.* addens quod verba restipulari, respondere, repromittere arguunt verba simplicia communia esse interrogantium et respondentium. Quod de verbo stipulari certum, de verbo spondere dubium, de verbo promittere omnino falsum puto.

(4) Quod forte a stipite *d. Pr. l. h. t.* Ut enim stipes rem aliam munit, ita stipulatio obligationem cui subjicitur, vid. Cujac. *in Par. C. h.* et 10. *Obs.* 24. Vult. *pr. I. h. n.* 18. Gœd. *C.* 1. *Concl.* 1. Quin et stipes merces quæ stipatoribus seu militibus data, unde derivare malunt Corss. 1. *Misc.* 25. *n.* 8. Catell. Cotta *in Memoral. v. stipulum.* Christian. Becman. *de Originib. lat. ling. V. Stipa* a stipando, quod pecunia signata stiparetur. Festus *Lib.* 17. Sc. Gentil. *Orig. Lib. sing. p.* 377. in agris hoc nomen invenisse censet, quod segetum manipulos rustici stipulis in morem nodi contortis, adstringere et obligare solent. Sic stipulationes inventæ obligationibus adstringendis. At Catell. Cotta *d. loc.* nunquam se apud probatos auctores *stipulum* pro firmo reperisse. Quasi vero legerit omnes antiquos, qui pene omnes in vastationibus Italiæ interierunt, ait Greg. Lopez. *Animadv. C.* 9. *n.* 18.

(5) Diss. Cujac. *in L.* 1. *et in tit. D. de pact.* passim et ad *L.* 4. *de transact.* ac multis tuetur contra Donell. Gœd. *de Contr. stip. in Prolegom. n.* 7. *et seqq.* ubi vide.

ponitur, non plures, non dico in *Institutionibus*, quæ possunt videri breviores; sed in *Pandectis* sub Titulo omnium qui illic sunt, fere longissimo, qui inscribitur *de verborum obligationibus*. In qno de una stipulatione agitur, et ea quæ inde nascitur obligatione verborum. Aliarum autem caussarum et specierum hujus obligationis ne tenuissima quidem significatio.

VI. Nam quod legimus in *fragmentis*, quæ *Institutionum* Caii nomine circumferuntur, etiam verbis obligationem jurejurando, quo libertus jurat se præstiturum patrono donum, munus, operas, item dictione dotis; præterquam quod satis refellitur superioribus tractationibus hujus generis, in quibus ne verbo quidem hæ species inter obligationes verborum usquam appellatæ sunt, atque adeo ne natu quidem significatæ; etiam per se falsum esse aperte convincitur aliis locis. Constat enim obligationem illam liberti nasci ex jurejurando, non ex verbis. Unde et jurisjurandi obligatio dicitur, non verborum. *L. ut jurisjurandi*, *D. de oper. lib.* In dictione autem dotis si qua olim verba necessaria fuerunt ad obligandum eum qui dixisset dotem marito, declaratur satis in *L. ad exactionem*, *C. de dot. prom.* non alia hæc fuisse, quam stipulationem. Hoc enim solum illic ex jure vetere remittitur. Utcumque autem in hac re olim fuerit obligatio, nunc quidem hoc constat, quod superiore lege effectum est, nullam in hoc genere esse obligationem verborum, cum placeat ad exactionem dotis promissæ, quanvis pollicitationem sufficere. De quo disserui fusius in commentariis ad inscriptionem *Tit. de verb. obl.* Sit igitur hoc constitutum, ut obligationis verborum caussa est stipulatio, ita et hanc unam caussam esse non plures. Ex quo huc res redit, ut quemadmodum sub Titulis *de verborum obligationibus* factum est in *Pandectis*, et *Institutionibus*, in tota hac quæstione de caussa obligationum hujus generis de sola stipulatione, et conceptione superiore quærendum sit, et quid ea desideret, videndum.

VII. Constat stipulatio verbis superioribus citra controversiam, quæ ita sunt (6) propria hujus contractus, ut inde etiam nomen habeat. Dicitur enim fieri verbis. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Et quæ hinc obligatio est, ex verbis, et verborum, *§. ult. Inst. de obl.* Sed constat stipulatio et consensu, ac nisi inter consentientes nulla est. *L. inter*, *§. 1*, *L. continuus*, *§. 1*, *D. de verb. obl.* Commune hoc contractuum omnium, ut nullus sit, qui non habeat in se conventionem, *d. L. 1. §. 1. de pact.* Stipulatio autem (7) contractus est. *L. non solum*, *D. de obl.* Unde et quæ ex verbis seu ex stipulatione nascitur obligatio, dicitur esse ex contractu. *d. §. ult. Inst. de obl.* Quid consensus hic desideret, repetendum ex præceptis communibus de consensu et conventione, de quibus initio diximus.

VIII. Quid postulet verborum conceptio, quando hæc stipulationis propria est, etiam hujus loci est, ut hic cognoscatur. Constat ea conceptio, ut videmus, interrogatione dandi faciendive (8) præcedente, et responsione in eandem rem secuta. In his quædam

(6) Licet cæteri fere per verba quoque explicentur, tamen hic non animi tantum declarandi caussa verba exiguntur, sed in iis consistit substantia conventionis: In cæteris autem consensus alio modo declarari potest. Gœd. *in Prolegom. n. 4.* et *C. 3. n. 75. et seq.* Male vero Rev. 2. *Var.* 5. omnes stipulationes sic ex interrogatione et responsione subsistere ipso jure et lege civili, ut et jocandi animo interposita teneat. Legem ad formulam solum et nudam verborum pronunciationem respicere: Prætorem vero mentem intentionemque inspicere. Nam refellitur ex *L. 3. in fi. de O. et A.* Nec ideo dicitur verbis contracta, quasi verba sufficiant absque consensu, quod absurdum, alias et furiosus stipularetur sibi, sed quod sine iis consensus non sufficiat. Hopper. *Lib.* 2. πιθανῶν *pag.* 37. omnem solemnitatem in eo ponit ut in testationem referatur, idque vel advocatis testibus vel confectis scripturis, vel datis arrhis, vel coram populo, vel adacta coram tabellione. Quod si nihil accedat interrogationi ac responsioni non videre se, cur plus illi vigoris, quam nudæ conventioni. Sed illa juria auctoritate carent, imo aperte adversantur, et illius vigoris ratio certior. *h. Cap. in fi.* Sane non quævis interrogationem subsequens responsio, etiam in negotiis hominum commercialibus, efficit stipulationem. Ut si roganti: vendis mihi ædes 100. respondeat quis *vendo*: non est stipulatio contracta, sed venditio, ceu probat. *L. 35. §. ult. h. t.* quod contractus consensu perfecti possint celebrari per interrogationem et responsionem; sed ea non sit necessaria, modo aliunde consensus appareat, vid. *L. 7. §. 12. de pact.* Vasq. *de Success. creat. Lib. 1. §. 5. n. 12.* Gœd. *C. 1. n. 67. et seq.* Forst. *de Pact. C. 7.*

(7) Quod pluribus adstruit Gœd. *C. 1. Concl.* 3. et quos citat *ibi. n.* 27. quibus add. Bellon. 2. *Supput.* 8. Diss. quos refert ibid. *n.* 22. et Hopper. *Lib.* 2. πιθανῶν *cir. fin.* volens non tam esse contractum quam aliorum contractuum quoddam quasi sepimentum.

(8) Non valet stipulatio nisi interrogatio responsionem præcedat. *L. 52. §. 2. de O. et A. L. 1. C. de Usur.* Ratio vulgo reddi-

sunt communia utriusque, quædam propria responsionis, quæ omnia jus requirat in hac conceptione.

IX. Communia tria. Primum, ut qui interrogat; et qui respondet, (9) ambo verbis id faciant loquendo, non autem interrogationem aut responsionem vel scripto vel nutu significet. Alterum, ut uterque ex his alterum exaudiat, quod fit inter præsentes solum et facultate audiendi præditos. Tertium, ut uterque alterum ex auditu intelligat. Quorum priora duo ad verba colloquentium inter se; tertium ad consensum magis pertinet.

X. Propria responsionis duo. Unum, ut qui respondet, illico respondeat; ut quemadmodum in stipulatione una conceptio est, ita sit unus contextus partium ejus; id est interrogationis et responsionis. Alterum, ut respondeat convenienter interrogationi. Tot sunt ad formam et conceptionem verborum stipulationis pertinentia, tractata ab Ulpiano in *L.* 1. *D. de verb. obl.* Ubi quid unumquodque postulet, quam vim habeat, et unde in stipulatione requiratur, ordine et dilucide exposui.

XI. Ut stipulatio his rebus constituta una caussa est verborum obligationis: ita in hac ipsa caussa unum genus est stipulationis, non ut in superiore genere, species plures, si formam, et conceptionem superiorem spectamus. Sin spectamus consensum, quo pervenitur ad stipulationem conficiendam, hic nonnullum est inter stipulationes discrimen. Nam in quibusdam liber est hic consensus, in nonnullis voluntas promissoris cogitur. Ex qua varietate est illa divisio stipulationum, quæ traditur in *L.* 5. *D. de verb. obl. et Inst. de divis. stipulat.* Omninoque ad eam libertatem et necessitatem stipulationis conficiendæ notandam referri debet. Quem usum divisionis alioqui magnopere necessarium ut certius nobis perspicere liceat, sic videtur divisio tota ad eam rem quam commodissime concipi posse. Cum quæritur de consensu, quo ad stipulationem initio acceditur, ut hic consensus duplex est, ita hinc (10) duo genera nata stipulationum.

XII. Quædam sunt voluntariæ, quædam necessariæ. Voluntariæ sunt, in quibus volens volenti promittit, ut qui interrogatur, si velit, promittat: si nolit nun cogatur. Hæ sunt, quæ in superiore divisione veterum dicuntur conventionales. Quia ex sola conventione contrahentium proficiscuntur. Tales sunt fere stipulationes omnes, exceptis certis quibusdam, quæ sunt in altero genere. Necessariæ sunt, quæ invito promissori injunguntur, ut quanvis stipulanti nolit promittere sua sponte, tamen jure cogatur.

XIII. Voluntariarum seu conventionalium stipulationum caussa una est, voluntas nimirum libera contrahentium. Ideo earum, qua stipulationes sunt, genus unum est, et simplex.

XIV. Necessariarum caussæ variæ. Ita enim in his promittendi necessitas est, uti sunt, qui hanc necessitatem imponunt. Atque hinc necessariarum species et divisio. Imponitur hæc necessitas alias a judice, alias a magistratu judicis partibus non fungente. Hinc necessariarum species tres, judiciales, prætoriæ, communes. Quæ sunt tres illæ reliquæ, quas a conventiunalibus distinctas in superiore divisione veteres posuerunt. Judiciales dumtaxat ita definiunt, quæ a mero judicis officio proficiscuntur. Id est quæ a solo judice judicio de alia re instituto, ejus judicii firmandi caussa promissori injunguntur. Prætorias, quæ a mero prætoris officio proficiscuntur, id est quæ a solo magistratu, et eo judicis partibus non fungente promissori imperantur. Communes vocant, quæ interdum a judice, alias a magistratu injunguntur, prout res exigit.

XV. Hic quæ sint stipulationes singulorum generum, et quot sint, quibus in caussis locum habeant, quid contineant, quibus notis discernatur ad judicisne, an ad magistratus officium et jussum pertineant, si quis

tur, quia stipulator alias certus esse nequit, an promissor animo obligandi responderit. Quæ etsi displiceat Alc. 2. *Parerg.* 19. probatur a Walt. *h.* 1. *Misc.* 23. ex illis Plauti *in Pseudolo Act.* 1. *Sc.* 1. *Roga me ut me effecturum tibi quod promisi scias.*

(9) Vid. Gœd. *C.* 3. *Concl.* 9. *et seqq.* Non per signa nec per scripturam, etiam inter præsentes, ut si, ne circumstantes intelligant, unus interroget per litteras, alter respondeat. L. *Titius* 24. *de Const. pec.* Nec per verba alia ad id significandum non apta, de quorum significatione prius inter partes convenerat. Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 3.

(10) Hopper. *Lib.* 2. πιθανῶν *pag.* 71. alias esse privatas, seu conventionales, alias publicas. Atque has vel juris et jurisdictionis civilis Judiciales, vel Prætoris et misti imperii Prætorias, vel a duobus simplicibus inter se mistis; communes, Gœd. *Cap.* 5. *Concl.* 12. duas species facit conventionales ac honorarias, atque has deinde subdividit, de hac divisione consulendus *d. Concl.* 12. *et seqq.*

jussus non promittat, quæ sit ratio cogendi: hæc sunt, quæ in singulis generibus quærenda esse, res ipsa, et definitiones superiores nos admonent. Quæ magna ex parte ignota fuisse veteribus, eorum scripta declarant. Quotus enim quisque est, qui minimam partem istorum attigerit, aut earum ipsarum, quarum exempla proponuntur in superiore divisione, vim atque usum satis perspexerit? Et tamen si sunt pleræque stipulationes, in quibus quis quid promittere alii stipulanti debeat: magnam et præcipuam quandam ejus divisionis utilitatem esse oportet, si superiora illa hac divisione explicantur. Nemo enim non intelligit, quantum intersit, volens quis quid promittat, an vero invitus id facere cogatur. Quamobrem eam divisionem exponens ad titulum de verborum obligationibus studui totum hunc locum antea veluti interclusum nostris aperire, et pervium facere, inducta explicationis et certitudinis luce, quantum locus postulare videbatur. Quæ nostra tractatio est ad *L.* 5. in pr. *D. de verb. obl.*

XVI. Tantum hoc loco divisionis usus notandus est, quem dixi. Eam scilicet huc spectare, ut doceamur non tantum stipulationes a consensu esse, conventionales et voluntarias, quæ maxima eorum pars est; sed et quasdam esse, in quibus cogantur promissores etiam inviti quid stipulanti promittere, et simul ostendit quæ sint, et quales, si recte explicetur. Sed hæc stipulationem antecedunt, cum quæritur de consensu, quo ad eam acceditur. Cum autem ventum est ad stipulationem, ut ea communi consensu quamvis coacto interponi debeat: sciamus formam unam et rationem esse stipulationis conficiendæ, eam quam supra diximus, atque hactenus non plures species esse stipulationis.

XVII. Utque uno modo conficitur stipulatio, ita contractæ vis una, a cujuscumque tandem voluntate aut jussu profecta sit. Ea est obligatio, ut qui stipulanti promittit, jure obligetur: quæ ex re dicitur obligatio verborum. Primum de jure obligationis certi juris est, ex stipulatione recte constituta ad eum modum, quem diximus, si quidem conventionem tantum hic quærimus, semper jure civili nasci obligationem et actionem, qua tenetur stipulanti is, qui promisit. *Inst. de verb. obl.* in prin. *§. de constituta*, *Inst. de act.*

XVIII. Quo jure posito, cum omnes pactiones in stipulatum, id est in eam conceptionem interrogationis et responsionis, quem diximus, deduci possint: fit, ut omnes quantumvis per se inutiles adhibita stipulatione, in quam veniant, jure confirmentur: obligatione videlicet nata de ea re, quæ pacto continebatur. Inde dictum pactiones nudas ut traditione rei, ita stipulatione sumere effectum. *L. divisionis*, *D. de pact.* Et vero in hunc ipsum usum stipulatio inventa est: conventionum, inquam, (11) firmandarum, et adstringendæ obligationis caussa: quæ Pauli sententia *Lib.* 5. *Recept. sent. Tit. de obligationibus*, eadem Celsi in *L. in quidquid*, 99. *D. de verb. obl.* Inde natum nomen cautionis pro stipulatione, dum per excellentiam nominis stipulatio appellatur cautio: et cavere est stipulanti quid promittere. *L. sancimus*, *C. de verb. signif. Tit. D. in jus voc. ut eant, aut sat. vel cautum dent.* et *Tit. D. si quis caut. jud. sist. cau. fac. non obt.* Est enim cavere alicui, securum eum de re aliqua promissa facere, rem ei in tuto collocare. *L.* 1. *D. qui satisd. cog.* Id autem maxime fit stipulatione, si quidem de firmanda tantum obligatione agitur, non etiam de fide et probatione constituenda rei gestæ. Nam ex stipulatione, ut dixi, obstringitur certo jure omnis, qui promisit. Alioqui si de fide rei gestæ agitur, constituitur hæc creditori chirographo debitoris, aut alio instrumento quod jussu debitoris pro creditore scriptum sit. Quo fit, ut ad fidem rei hoc quoque modo caveatur, res in tuto collocetur creditori. Unde et hujusmodi instrumenta dicuntur cautiones. *L. emptor*, 47. *§. ult. D. de pact. L. qui tabulas*, 27. *D. de furt.* Tantum videndum est, ut ex circumstantiis ejus, de quo agitur, verbi hujus significatio discernatur.

XIX. Hoc loco oritur de hac vi stipulationis quæstio, quam recte placeat ex stipulatione, id est ex verbis, nasci istam stipulationem, ubi constet sine his verbis obligationem futuram non fuisse. Videtur enim prima fronte absurde constitutum. Nam in pactu sine verbis nihilominus consensus est de re præstanda. *L.* 1. *D. de pact.* Verbis stipulationis accedentibus semper idem consensus. Proinde in eadem caussa, id est in eodem consensu idem jus statui oportebat. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Nunc autem placet ex pacto, et consensu solo obligationem et actio-

(11) Ut et judiciorum constituendorum et stabiliendorum gratia, Gœd. *Cap.* 5. *Concl.* 11. ubi tamen hunc finem non primarium esse, sed subordinatum, ac a principe fine promanantem docet.

nem non nasci. *L. jurisgentium*. §. *sed cum nulla, D. de pact. L. legem. C. eod.* An non igitur absurde constituitur nasci ex stipulatione, ubi eundem solum consensum admiseris? Dices in stipulatione accedere conceptionem verborum, et hoc amplius esse, quam in pacto. Ideo hinc nasci potius obligationem. At hoc dicitur absurdius. Sic enim dicitur jus impositum esse verbis, non rebus, ubi rebus iisdem manentibus, tamen propter verba constituitur obligatio. Scimus autem leges poni rebus, non verbis. *L.* 2. in fin. *C. com. de legat.* Dicendum est non esse eundem consensum in pacto, qui in stipulatione, etsi videtur. In pacto consensus promittendi more hominum vulgari sæpe ex levitate et impetu quodam magis proficiscitur, quam ex judicio et certa voluntate, ut pluribus ostendi ad *L. legem*, *C. de pact.* Ideo non est visum utile veteribus ex pacto, qua pactum tantum est, et nudus ille consensus, actionem dare. In stipulatione est alius longe consensus: nempe certus et cogitatus, idemque certo judicio ad obligationem adstringendam constitutus. Indicium est conceptio verborum, quæ ita comparata est, ut interrogatione præcedente eliciatur manifestus consensus promissoris. Merito igitur ut in dissimilibus caussis jus diversum constitutum est. Ex quo eodem intelligimus jus hic positum esse rebus, non verbis.

XX. Cur igitur dicitur in stipulatione nasci obligatio ex verbis? Non sane propter verba ipsa solum, ne quis erret; sed propter (12) consensum meditatum, quem diximus, qui verbis stipulationis declaratur. Ut dicendum sit, verba in stipulatione non proprie caussam esse obligationis, sed ejus caussæ indicium ac velut symbolum. Sine quo tamen quia non nasceretur obligatio, idque solum hujus conventionis proprium est, recte dicitur obligatio esse ex his verbis, quæ initium obligationi præbeant.

XXI. Hanc obligationem esse constat, quæ dicitur nostris obligatio verborum. *Tit. de verb. obl. in Inst. et in Pandectis.* Nomen ex re, et caussa, quia ex verbis, seu verbis ad consensum accedentibus nascitur. Sed cur verborum, cum nascatur etiam ex consensu, ut supra diximus? Cum consensus omnium contractuum sit communis, non potest ex consensu ullum genus appellari, quo ab aliis distinguatur. Ad id demonstrandum ea re et nota opus est, quæ sit ejus generis propria. Quod et in his generibus contractuum designandis observatum est. Hinc obligatio, quæ nascitur re præter consensum accedente, dicitur contrahi, quæ verbis accedentibus et conventionis propriis, dicitur verborum: quæ literis intervenientibus, literarum.

(12) Vid. *supra Lib.* 12. *C.* 9. *N.* 3. Sed num exceptio in Principe ut is efficacius ex nudo pacto obligetur æque atque ex stipulatione? Negat. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 45. *n.* 14. *et seq.* quia nuspiam legitur exceptus et quia in pactionibus jure privatorum utitur, nec ut princeps consideratur. Confer *supra Lib.* 12. *C.* 22. *N.* 10. Quid si stipulatio caussa alia careat? Eam inefficacem vulgo statuunt, exceptione doli elidi per *L.* 2. §. 3. *de doli exc.* Gomez 2. *Resol.* 9. *et* 11. *n.* 3. Hopper. *Lib.* 2. πειζχνών *sub finem.* Gutierez. *de Juram. confirmat.* 1. *C.* 47. *n.* 1. Anton. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. qui tamen justam caussam præbere donandi animum *L.* 21. *pr. de donationib.* Contra Eman. Soar. *in annot. ad* Gomez. *d. C.* 9. *lit. P.* quia ipsa stipulatio per se firma caussa, et justæ traditionis caussis accensetur. §. *item.* 3. *Institut. Per quas pers.* Qui vero dicetur sine caussa, cum si omnes alias amoveris, donandi caussam contrahentes præ se ferant. Nec facit negotium *d. L.* 2. §. 3. Nam ibi errore putans caussam subesse ex. gr. 100. sibi credita, promisit stipulanti. Qui erroris scius promissore pœnitente exigere perseverat. Atque hanc Bartoli a plerisque, ceu refert, deserti sententiam pluribus comprobat Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 54. *et seqq.* add. Gæd. *de Contr. stip. C.* 3. *n.* 70. *et seqq.*

C A P. XXXVII.

De literarum obligatione: Quomodo contrahatur: Tum de vi omnis cautionis scriptæ, qua quis se alicui quid debere confitetur.

Tractatio de obligatione literarum accuratior. Illius ordo et partitia. I.
Quid sit, et qualis obligatio literarum. II.
Quæ obligationem literarum conficiant esse quatuor; et quæ illa. III.
Desiderat obligatio literarum scriptum debiti professionem continens; et quare. IV.
Et illud mutuo consensu scriptum creditori traditum; et cur ita. V.
Summa quæstio de obligatione literarum quæ, et quod in ea tractanda auctoris propositum et methodus. VI.
Cautionum quoad obligationem quædam inutilis, et quædam utilis. Inutilis quæ. VII.
Item quæ utilis. Utilium duo genera et quæ. VIII.
Cautio, seu confessio debiti ex alia caussa quam ex mutuo habet rei gestæ probationem, obligationem nunquam. IX.
Quælibet falsæ confessionis probatio instrumentis fieri debet, non testibus, et quare. X.
Facultas probandi se falso confessum in aliis caussis a mutuo perpetua. XI.
Sola cautio professionem debiti ex mutuo continens post biennium parit obligationem. Quæ hæc vis temporum divisionis in cautione ex mutuo. XII.
Remedia adversus cautionem intra biennium reo prodita tria. XIII.
1. *Exceptio non numeratæ pecuniæ. Quid ejus proprium.* XIV.
2. *Querela non numeratæ pecuniæ. Quæ illius deferendæ forma.* XV.
3. *Condictio cautionis seu chirographi. Et ista quotuplex.* XVI.
Superiora remedia eo spectare, ne reus chirographo suo stare cogatur. XVII.
Cautio, et confessio pecuniæ mutuæ a L. 13. Cod. de non num. pec. *excipitur; et quomodo.* XVIII.
Differentiæ ratio explicatur. XIX.
Exceptio non numeratæ pecuniæ concluditur intra biennium; postea obligatio cautionis est, et quidem plenissima. Hoc cujus bono. XX.

I. Reliquum est ex tribus propositis genus postremum eorum contractuum, in quibus alia re ad conventionem accedente contrahitur obligatio, absque eo alioqui futura nulla. Id genus est, in quo sine re præcedente, sine verbis item stipulationis, solæ literæ accepti testes faciunt obligationem, quæ ideo dicitur literarum: de qua agitur *Tit. Inst. de liter. oblig.* Habet hoc genus obligationis paulo obscuriorem quæstionem, ut sunt ea, quæ de eo exstant in libris nostris. Ideo operæ pretium puto, quale id sit, paulo attentius cognoscere. Ad eam rem eadem illa duo spectanda sunt, quæ et in superioribus contractibus expendimus, quibus iisdem ut superiorum, ita et hujus natura continetur: Primum quomodo hæc obligatio constituatur: Deinde constituta, quæ et qualis sit obligatio, quam recte inducta dictave ex literis, quam recte dicta ex contractu.

II. Et constitutio hujus obligationis, si summatim dicendum est, ita se habet: Qui chirographo, aut alio quovis scripturæ instrumento mutuo consensu tradito creditori professus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam postea se accepisse neget: is inde intra biennium hoc beneficio juris utitur, ut per id tempus non teneatur confessione sua, quin liceat ei impune negare se pecuniam accepisse. Atque idem si per id tempus beneficio juris usus questus sit de pecunia sibi non numerata, etiam hoc consequitur, ut quam ab initio exceptionem pecuniæ non numeratæ intra id tempus habuit, fiat ei deinceps heredique ejus perpetua. Sed beneficium concessum hac lege, ut si reus intra idem tempus beneficio juris usus non erit, querelam non numeratæ pecuniæ nullam movens, deinceps ex illo et confessionis suæ, et contempti superioris beneficii hanc pœnam luat, ut literis suis obligetur, id est ita teneatur, ut quanvis quod professus est se accepisse, non acceperit, nihilominus id omni modo solvere cogatur. Quæ quoniam obligatio nullam aliam debendi caussam habet, quam literæ consensu traditæ, hinc merito dicitur obligatio nasci ex literis, seu esse literarum

III. Hæc descriptio cum omnia in se habeat ad caussam hujus obligationis pertinentia, faciendum est, ut certo nobis constituatur. Quod ita fiet commodissime, si partibus ejus distincte notatis, quam ex jure certo fidem accipiant, quam rationem

et æquitatem ad jus superius inducendum singulæ habeant, videbimus. Quod jam exsequi studebo. Et ut est descriptio superior, licet animadvertere quatuor esse ad summam, quæ obligationem literarum efficiant; Scriptum professionem debiti continens, sive id chirographum est, sive aliud ejusdem confessionis instrumentum etiam a tabulario confectum, quæ nostris uno verbo, et præsertim in hoc argumento dicitur (1) cautio; *L. emptor*, 47. §. *ult. D. de pact. L. qui tabulas*, 27. *D. de furt. L.* 1. 2. 3. 4. 8. *C. de non num. pec.* Scriptum mutuo consensu creditori traditum; Debiti professionem non cujusvis, sed mutui accepti; Et non numeratæ pecuniæ querelam, quæ reo in hac confessione intra biennium libera concessa est, per id tempus omissam.

IV. Principio scriptum exigimus debiti professionem continens; non solum quia ita facere necesse est ut sit hinc obligatio literarum, de qua agimus: sed etiam quia eadem confessio verbis testata sine scripto, neque eundem favorem meretur, quem scripta, neque etiam unquam ita confitentem obligat, quin et semper liberum sit negare se accepisse id, de quo confessus est, et in eam rem probationem inducere, qua impleta absolvi debeat. Cujus differentiæ ratio cum ad vim hujus obligationis pertinere visa sit, ideo in extremum rejeci infra *Cap. ult. hujus libri*.

V. Exigimus amplius, ut mutuo consensu scriptum traditum sit ab eo, qui confessus est ei a quo se pecuniam accepisse scripsit. Non exprimitur hoc quidem in *d. tit. Inst. de lit. obligat.* Sed et ex præcedentibus, et ex natura rei, de qua agitur, adjiciendum esse satis intelligitur. Sic enim tractatur de hac obligatione in *Institutionibus*, ut sit ea, quam prius Justinianus in divisione obligationum inter eas retulerat, quæ sunt ex contractu, §. *ult. Inst. de obl.* Non potest ex contractu esse, nisi inter quos res mutuo consensu gesta est, postquam nullus contractus est, qui non habeat in se conventionem. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Proinde et mutuo consensu hoc scriptum et confessionem inter eos interponi oportet, inter quos velimus consistere hujus rei obligationem.

VI. Ut quis scribat; ut scriptum tradat creditori, ut fateatur se debere, ex qua caussa non debet; posita sunt omnia in voluntate scribentis, ut quando hæc eveniant, quærendum non sit. Ut autem quis cogatur stare confessioni suæ, et ut Justinianus loquitur sub hoc *Tit. Inst.* ut post confessionem queri non possit se falso confessum esse, cum statuatur adversus invitum, apparet in jure positum esse, non in confitentis voluntate. Ideo videndum, eaque summa et præcipua in hac obligatione quæstio est, quid hic jus statuat, seu quis cui confessioni literarum stare debeat, ut hinc constituatur ea necessitas solvendi, et uno verbo, ea obligatio, quam quærimus. Quod ut planissime intelligatur plus hic complectar, ut de vi universa cautionum dicam, quæ valeat ad confitentem sua confessione obstringendum: unde etiam de duobus reliquis quæ proposui id est mutui caussa, et hic omissa non numeratæ pecuniæ querela, facilius etiam ex comparatione aliarum cautionum, et certius constabit. Non statim vero superiori scripturæ, et confessioni suæ quis stare cogitur. Quo fit, ut non statim ex hujusmodi confessione sit obligatio literarum. Ita cogitur quisque confessioni suæ scriptæ stare, prout est vis cautionis cujusque jure constituta.

VII. Cautionum hujusmodi vis hæc est. Quædam inutilis est, quædam utilis. Inutilis cautio et chirographum est, cum quis eo confitetur se quid debere (2) nulla expressa certa caussa debendi. Ut puta, scripsit quis hoc modo: Ego Titius profiteor me debere Sempronio centum, ex justissima caussa, quæ ego illi solvam bona fide ubi et quando volet. Hoc chirographum inane est, nec poterit confessus ex eo conveniri, quia omissa est debendi caussa. Hoc diserte in *L. cum de indebito*, in fin. *D. de prob. L. generaliter. C. de non num. pec.* Quod optima ratione placuit. Aut enim creditor centum illa petens nullam caussam debendi dicet, aut dicet aliquam. Si nullam, non est audiendus:

(1) Quia datur creditori ut illi cautum sit fide scripturæ. Donel. noster *ad. L.* 1. *C. de non num. pec. n.* 1.

(2) *C. si cautio* 14. *extra de fid. instr.* Gail. 2. *Obs.* 13. *n.* 9. Quia certæ sunt caussæ obligationis jure statutæ, extra quas oriri nequit. Idem in liberatione; ex. gr. si confiteatur ita: Profiteor Titium debitorem meum mihi amplius non teneri. Confessio hæc non liberat, quia deficit caussa. Non enim hic modus liberationis, neque etiam pactum inter absentes et non consentientes. Quod si ita: Profiteor te non teneri, liberat *L.* 40. *pr. de pact.* quia continet pactum quæ justa caussa juris prætorii, Don. *ad d. L.* 13. *n.* 6. *et* 7. Male autem Hotom. 6. *Obs.* 19. hodie ex nuda scriptura post biennium nasci obligationem, etiam caussa non expressa.

quoniam nihil deheri potest jure nisi ex certis et constitutis caussis, ut declarat divisio proposita obligationum, quæ obligationes omnes ad certas istas caussas revocat. §. *ult. Inst. de obl. L.* 1. *D. eod.* Si aliquam: nihil ei ad eam probandam prodest chirographum: quod de ea caussa nihil exprimit. Tamque ad eam probationem ei inutile est, quam ad cætera omnia probanda, etiam alienissima, quæ chirographo non continentur.

VIII. Quapropter ea demum utilis cautio et confessio debiti est, qua quis confitetur se quid debere nominatim addita certa caussa debendi: veluti, centum mutua sibi mutuo data a Sempronio, vel se ei debere ex caussa emptionis, legati, vel alia. Sed et utilium hujusmodi cautionum non una vis est. Earum duo sunt genera vi et effectu distincta. Quædam probationem et fidem rei gestæ habent, obligationem nunquam: quædam e converso obligationem induunt rei confessæ, nunquam probationem solam.

IX. Utrum horum insit in cautione et chirographo, ex caussa debiti confessi æstimandum est. Interest enim, utrum quis confessus sit se debere ex caussis omnibus aliis, quam mutui; an vero ex caussa pecuniæ creditæ et numeratæ. In cæteris omnibus caussis hæc juris constitutio generalis est, quacumque ex caussa quis scripto confessus sit se quid alicui debere, excepta caussa pecuniæ creditæ, valere eam scripturam ad probationem et fidem rei ita gestæ, ad obligationem nunquam. Valet ad probationem quia confessus confessioni suæ stare cogitur. *L. cum de indebito*, in fin. *D. de prob. L. generaliter. C. de non num. pec.* Nec quidquam æquius, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere. ut est in *d. L. generaliter*, et ut alibi scriptum est, quam fidem cuique adversus se haberi *L. de ætate.* §. 1. *D. de inter. in jur. fac.* Sed probationem tantum habet ea scriptura: obligationem, ut dixi, nunquam inducit. Quod enim dicitur, unumquemque confessioni suæ stare debere, non absolute dicitur, sed cum hac exceptione, nisi is paratus sit probare se falso confessum esse, vel quia dicat non intervenisse eam caussam, de qua confessus est, vel quia dicat se non id, aut non tantum debuisse. Cæterum si id faciat, placet esse audiendum; et si probet, non jam eum chirographo et confessione sua teneri. *d. L. generaliter, C. de non num. pec. d. L. cum de indebito*, in fin. *de prob.* Quæ res satis declarat, eum qui ita confessus est se debere, ea scriptura non obligari. Eo enim spectat probatio superior, ut intelligatur eum non debere. Quod nihil aliud est, quam eum non obligari. Non enim obligatur, qui non debuit. Sed et hac probatione admissa, fit, ut confessus non omnimodo necesse habeat solvere. Quod et ipsum significat nullam hic in re obligationem subesse; cum obligatio sit vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. Et ut forte reus probare non possit, quod dicit; tamen cum jure non impediatur id facere, sed probationis inopia, non eo minus verum est, eum chirographo suo non obligari, etsi ei in re dubia stare cogitur. Recte enim dicetur, non quia probatio deficit, ideo jus deficere: cum jus in rerum natura semper certum sit, etsi sæpe deficit probatio. *L. duo, D. de test. tut.*

X. Tantum notandum est, in hac probatione falsæ confessionis exigi a reo, ut probet se falsu confessum non testibus, sed aliis istrumentis idoneis. *d. L. generaliter, d. L. cum de indebito*, in fin. Quod ita fiet, si exempli gratia, proferat reus syngrapham creditoris, qua is fateatur sibi a Mævio nihil deberi ex ea caussa, quæ ejus chirographo continetur. Vel si emptor scripserit se certum debere ex caussa emptionis ob fundum Tusculanum ab eo emptum, et proferat instrumentum de cujus fide constet, quo contineatur eum fundum confitenti donatum esse, non venditum; aut venditum quidem, sed tantum octoginta. Vel si heres caverit se debere Sempronio legati nomine centum, et proferat testamentum, quo tantum quinquaginta legata sint; aut proferat codicillos, quibus legatum illud sit ademptum. Cum autem alias in omnibus caussis eandem vim obtineant ad fidem faciendam testes, et instrumenta; *L. in exercendis. C. de fid. inst.* visum est in hac specie instrumenta tantum admittenda esse, non testes propter metum falsi. Nam si hic testibus locus esse cœperit, facile jam multo ante et ex composito subornari possunt, qui dicant se audivisse creditorem profitentem vere nihil sibi a confitente deberi ex ea caussa, de qua ejus chirographum apud se habet, et totum illud negotium simulatum fuisse. At instrumenti testimonium suspectum esse non potest, si creditor adversus quem profertur, agnoscet vel a se scriptum vel suo mandatu, aut si instrumentum erit publicæ fidei; quale est a tabulario confectum, et qualia esse solent testamenta.

XI. Hæc facultas contra confessionem suam in cæteris caussis veniendi probandique confitenti reo perpetua est. Apparet enim ex iis locis, quibus ea facultas statuitur,

nullis terminis eam definiri, sed potius ita eam statui, ut quemamodum perpetuo conveniri potest reus ex chirographo, quandiu quidem actionem in personam tempora largiuntur: ita possit et ipse hac intitiatione uti, ut neget se vere confessum esse, et ad id probandum admittatur, *d. L. generaliter*, *de non num. pec. d. L. cum de indebito*, in fin. *de prob.* Hanc quidem habere reum saltem intra biennium inter omnes convenit. Nulla enim in caussa ante id tempus sua confessio quanvis scripta quemquam obligat. *L. in contractibus* in pr. *C. de non num. pec.* At mihi caussæ est in cæterarum caussarum confessione, cur qui contra probandi potestatem habuit intra biennium, eam ille post biennium amittat. Non enim ante biennium jus habuit confessionis suæ retractandæ, ut eo beneficio non usus dici possit merito excidisse eo jure, quod prius habuit, et ita biennio elapso obligationem sibi in perpetuum induxisse; ut fit in cautione pecuniæ creditæ, de qua mox. Jam autem effectum est eum, cui sit facultas confessionis suæ contraria probatione infirmandæ, quandiu id licet, ea cautione non obligari. Quare qui perpetuam hanc facultatem babet in cæteris caussis, perspicuum est huic ex sua illa cautione et confessione in his caussis nunquam induci obligationem. Ita excepta caussa pecuniæ creditæ, ex omnibus aliis caussis literarum obligatio exclusa est.

XII. Restat igitur sola caussa (3) pecuniæ creditæ, in qua cautio confitentis se pecuniam creditam accepisse, obligationem rei confessæ pariat. Et quidem in hac sola pecunia non numeratæ pecuniæ exceptio et querela locum habet. *L. adversus, C. de non num. pec.* Ibi autem solum obligatio literarum inducitur, ubi hæc querela intra biennium neglecta est. *d. L. contractibus, C. de non num. pec.* Ideo in *Inst. tit. de lit. obl.* omnem banc obligationem literarum ad solam caussam pecuniæ non numeratæ et creditæ collatam videmus. In quo tamen pecuniæ appellatione intelligere debemus contineri res cæteras, in quibus pariter mutuum consistit. Ut sunt quæ pondere, aut mensura constant, ut significatur in *L. in contractibus* in pr. Sed ne hic quidem continuo ut quis scripto confessus est, se pecuniam creditam accepisse, is ex literis etiam in hac caussa obligatur. Hæc insuper conditio est si modo is, qui ita confessus est, non sit usus intra biennium beneficio retractandæ confessionis, quod illi intra id tempus in hac caussa jure concessum est. Id quale sit, ex vi, quam propriam hujus cautionis jus esse voluit, intelligetur. Hujus ergo cautionis in mutuo non omnibus temporibus una et eadem vis est adversus confitentem. Divisa hæc vis est duobus temporibus ita, ut contraria constituta sit in singulis. Utraque ejusmodi, ut distet plane ab ea vi, quam superioris cautionis literarum in aliis caussis debendi esse diximus. Nam cautio pecuniæ creditæ intra biennium, ex quo emissa est, creditori inutilis est. Non enim valet ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem; querela scilicet pecuniæ non numeratæ confitenti tributa, qua se tueatur. (4) Post biennium autem si quidem ea querela usus non erit, ita valet, ut non solum prosit creditori ad probandum pecuniam creditam, sed etiam confitentem in eam summam quam confessus est plane obliget.

XIII. Primum intra biennium inutilis est creditori etiam ad probationem, eoque nec nocet ullo modo confitenti, sive sit chirographum tantum manu confitentis scriptum, sive cautio manu tabularii confecta. Id ut consequatur reus, remedia quædam opportuna illi constituta sunt jure: quorum ea vis est, ut si uno aliquo intra biennium usus sit, non tantum non teneatur pro eo tempore, sed et in reliquum tempus perpetuam

(3) Quæ receptissima sententia Vasq. *Lib. 1. de Success. creat.* §. 9. *n.* 27. *et* 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 3. licet obstare scriter videatur. *L.* 6. *C. Th. Ne in sua caussa quis jud. Lib.* 2. *Tit.* 4. Nunquam vero mibi persuadebit Jac. Scultet. *in Addit. ad Modest. Pist. P.* 1. *Q.* 49. *n.* 14. scribens quodvis etiam nudum pactum chirographo seu per scripturam vestitum transire in obligationem litterarum. Immo et stipulatio scripta non minus est ac manet is contractus, *L.* 135. §. *pen. de V. O. L. reos* 11. *de duob. reis* eademque ex stipulatu actio. *L. ult. pr. de doli exc.* Nec scriptura ad substantiam contractus confert, sed ab probationem. *L.* 4. *de pig. L.* 4. *de fi. instr.* Quomodo igitur substantiam et formam immutat.

(4) Duar. *de non. num. pec. C.* 4. Sed Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 60. *et seq.* obligationem nasci sentit quamprimum confessio emissa. Nec biennio elapso, ait, incipit contractus, alias tempus esset, modus inducendæ obligationis, diceretur que obligatio non litterarum, sed biennii. Quare quod *l. h. t.* habetur non ad formam ac essentiam contractus referri debet, sed ad exceptionem non numeratæ pecuniæ. Et Fachin. 13. *Contr.* 26. Ante biennium, ait, civilis obligatio, sed non efficax propter exceptionem, quia non est nuda confessio, sed illi adjuncta permissio de restituendo. Post biennium producitur etiam naturalis.

sibi constituat non numeratæ pecuniæ exceptionem. Remedia ad eam rem tria: exceptio non numeratæ pecuniæ, et huic adjuncta exceptio doli mali; querela ultro delata pecuniæ non numeratæ; item chirographi et cautionis condictio.

XIV. Primum (5) exceptio non numeratæ pecuniæ, neque hæc alias confitenti tribula nisi in pecunia credita. *L.* 3. *L. adversus. L. si intra, C. de non num. pec.* Et in hac quidem exceptione singulare ... constitutum præter cæteras ad reum adversus confessionem suam tuendum. Nam in cæteris exceptionibus, ut pacti, jurisjurandi, rei judicatæ, reus actoris partibus fungitur, et exceptionem velut intentionem probare debet. *L. in exceptionibus, D. de prob.* In hac non numeratæ pecuniæ sufficit (6) dicere pecu-

(5) Si conveniatur ex sola caussa mutui. Non si debuit ante ex alia caussa præcedente et postea convenit ut eam crediti nomine retineret. Quæ species est *L.* 5. *C. h. t.* ut Don. *ibid. n.* 3. et 4. Ex cautione alterius contractus hæc exceptio non datur. *L. si transactionis* 11. *L.* 14. §. 1. *C. h. t.* Duar. *ad h. t. C. c.* Non obstat quod specialiter statuitur in deposito exceptioni locum non esse *d. L.* 14. §. 1. Id enim inde quia conabantur illo tempore eam inducere in deposito, in aliis non conabantur, Don. *in d.* §. 1. *n.* 1.

(6) Don. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 3. *et seq. et ad L.* 13. *n.* 11. *et seqq.* Non obstat *L.* 25. §. 2. *de probat.* quia in ea specie non confessa tantum mulier se totum debere, sed et totum solvit. Diss. Goth. *in not. d. L.* 13. Quid si exceptioni renunciatum sit? Sunt qui renunciationem, si non plane valida, id saltem efficere tradunt, ut renuncianti onus probationis injungatur. Contrarium receptius esse attestatur Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 199. *et seqq.* ne fraudibus creditorum aperiatur via et circumventioni sententiæ legis salvis illius verbis. Et quia huic juri non solum favor debitorum caussam dedit, sed et odium fœneratorum. Et Duar. *h. t. C.* 4. *cir. fi.* ac H. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n.* 4. æque facile induci aliquem spe accipiendi, ad renunciandum exceptioni, quam ad cautionem scribendam. Adde quod ut ipsa ea conventione id agatur, ne dolus futurus præstetur: vel ne contra dolum accipientis cautionem, si fidem numerandi, quam dedit, non præstet, se legitime reus defendat, atque ita invitat ad delinquendum. Don. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 21. *et seq.* Zang. *de Exc. P.* 3. *C.* 12. *n.* 27. Nisi tamen post intervallum facta renunciatio vel facto ipso declarata, partis solutione *L.* 4. *C. h. t.* item nisi sit jurata. Coler. *d. loc.* Quoad juratam vero dissentire videtur Beust. *ad L.* 1. *de Jurei. n.* 252. tradens, licet hæc quæstio hinc inde agitari possit, tamen quod exceptio non obstet juramentum verius et æquius esse. Quod diserte comprobare videtur. *L. ult. C. hoc titulo.* Sed eam sic accipiendam monet Donellus *ibidem*, non si instrumento juraverint se accepisse. Tunc enim excipiendo turpitudinem suam allegaret et perjurium fateretur, sed si jurejurando solutionem promiserit. Quomodo et alii ref. Valasc. *To.* 1. *Cons.* 5. *n.* 19. Gutierez. *de Juram. confirm. P.* 1. *C.* 37. *n.* 1. *et n.* 8. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 26. *n.* 12. *et* 2. *seqq.* Atque ita conciliantur diversæ sententiæ. Diss. Gomez. 2. *Resol.* 6. *n.* 2. *cir. fin.* H. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n.* 2. *et* 3. utroque casu exceptionem hanc admittentes. Cæterum competit hæc exceptio, etsi instrumentum sit paratæ executionis, vulgo guarentigium, Gomez. 2. *Resol.* 6. *n.* 3. H. Pist. *d. Q.* 12. *n.* 7. diss. quodammodo Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 54. et *seq.* ac etsi publice per tabellionem confectum Don. *ad L.* 3. *C. h. n.* 12. Nec obstat. *L.* 23. *C. ad SC. Vell.* Nam ibi instrumento creditur, non quia publicum, sed quia in alia quam mutui caussa. Nisi tamen notarius scripserit pecuniam vere esse numeratam, se præsente et testibus, Donell. *ibid. n.* 18. Quid si recognitum simpliciter, nec statim exceptio objecta? Postea objici non posse putat Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 1. §. 5. *n.* 12. Et datur quoque ratione partis, ut si confessus chirographo se 10. accepisse, 5. tantum sibi numerata dicat: *L.* 2. *L.* 9. *C. h. t.* Transit eadem ad heredes *L.* 8 *C. h.* (Sed illis tempus non cedit ex die aditæ hereditatis, sed statim, quia ex die emissæ scripturæ computatur biennium, et est continuum nec morte interrumpitur. *L.* 14. *Pr. C. h. t.* Don. *ad d. L.* 8. *n.* 2. Zang. *de Except. P.* 3. *Cap.* 12. *n.* 14. *et seq.*) et fidejussores *L.* 12. *L. pen. C. h. t.* Quin et creditoribus debitoris datur. *L. pen. C. hoc tit.* Finge: Titius scripsit se a Cajo 100. accepisse, et in id debitum pignori obligat omnia sua bona. Idem Titius postea vere a Seio accipit 100. eidemque bona sua obligat. Convenitur Sejus a Cajo actione hypothecaria. Recte se tuetur exceptione non numeratæ pecuniæ etiam absente vel invito debitore *d. L. pen.* Excluditur vel tempore constituto, ut *h. et seq. Cap.* vel agnitione nova debiti, quæ fit solutione partis. *L.* 4. *C. h. t* non autem pignoris datione *L.* 1. *C. h.* Ratio differentiæ, pignus constitui potest futuræ obligationis caussa; solutio non nisi rei debitæ, Don. *ad d. L.* 4. *n.* 5. Datur equidem et creditori confitenti sibi solutum esse *L.* 14. §. 2. *C. h.* Et illi non in solo mutuo, sed ex omnibus caussis; ut in dote *d. L.* 14. §. *ult. in fi. Tit. C. de Dote caut. non num.* nisi specie aliqua nominatim excipiatur ut *d. L.* 14. §. 1. in exactoribus tributorum et aliis 2. speciebus Zang. *de Excep. P.* 3. *Cap.* 12. *n.* 3. *et* 4. Sed illa intra 30. tantum dies *d.* §. 2. *in fin* quia minus periculum in creditore. Non is necesse habet prærogare apocham, quin potest cogere debitorem ad solutionem; non item cogi potest creditor ad mutuandum, Don. *ibid. n.* 3. Zang. *d. C.* 12. *n.* 9. Inter mercatores, non habere locum hanc exceptionem, Vasq. 1. *Ill. Contr.* 33 *n.* 24. et alii quos refert

niam non esse numeratam, ut fides dicenti habeatur. Unde fit, ut hac exceptione opposita cogatur petitor aliunde probare quam chirographo rei, se ei pecuniam numerasse, atque hoc non impleto, absolutio sequatur, ut est in *L.* 3. *C. de non num. pec.* Differentiæ ratio significatur in *L. adseveratio. C. eod.* Nam in cæteris exceptionibus hoc evenit, ut qui eas objicit, aliquid factum esse affirmet, puta pactum intervenisse, jusjurandum, rem judicatam. In exceptione non numeratæ pecuniæ contra apparet reum nihil factum esse affirmare, sed negare factum. Facta ut sub sensum cadunt, ita probari possunt et testibus et instrumentis. Non facti autem per rerum naturam nulla directa probatio est, *d. L. adseveratio, de non num. pec. L. actor. C. de prob.* Ut enim mille homines dicant non vidisse se pecuniam numerari: non ideo probatur numeratam non esse. Potest enim numerata esse, ut isti non interfuerint. Quinimo et remotis omnibus arbitris potuit esse numerata. Facultate autem negandi reo in hac exceptione concessa, non debuit ab eo exigi probatio impossibilis: alioqui ne ipsa quidem concederetur exceptio. Huc pertinet regula juris, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, D. de reg. jur.* Hac exceptione semel reo tributa, accessit una etiam duli mali exceptio in eandem rem. *L.* 3. *C. de non num. pec.* Vel exceptio composita in factum, detracta doli mentione *L. cum ultra, C. eod.* Utrumque priori illi exceptiuni consequens. Doli enim exceptio generalis oritur adversus omnes, qui quavis alia exceptione removeri possunt: quia dolo facit, qui petit, quod propter exceptionem petere non potest. *L.* 2. *§. et generaliter, D. de dol. mal. exc.* Cui autem doli mali exceptio competit, licet ei exceptionem temperare in factum, ut rem uti gesta est, narret, doli mentionem non faciat. *Inst. de ex.* in pr. *arg. in L. non debet*, in fin. *D. de dol.*

XV. Sed nondum satis hæc exceptio tuebatu, confitentem. Potuit enim a creditore eludi finge eum dissimulare per biennium, et ex chirographo non agere. Fiet hoc modo, ut remedium reo sit inutile. Nam intra biennium ideo exceptione uti nun potest, quia interea non convenitur, nec locus est exceptioni, nisi ad removendam actionem, quæ intentata est. *L.* 2. *D. de excep.* Post biennium autem ideo uti non potest etiam si conveniatur, quia exceptio intra biennium tantum competit. Idcirco secundum remedium reo proditum est, quo uti potest etiam non conventus cum videtur intra biennium. Id autem est, ut possit queri sibi non esse pecuniam numeratam; placetque si hanc querelam detulerit, deinceps ei heredique ejus exceptionem non numeratæ pecuniæ perpetuo competere. *L. si intra. L. cum ultra. L. in contractib. §. in omni. C. de non num. pec.* Sed querelam hanc deferri oportet ad eam formam, quæ jure præscribitur. Ea est, ut debitor confessus denuntiet creditori sibi pecuniam numeratam non esse, quam chirographo numeratam confessus est, et eam denuntiationem complectatur scripto, quod creditori tradendum curet. *d. L. in contractibus, §. in omni.* Idque faciat testato. *L. cum ultra. C. eod.* Id est testibus adhibitis, qui eum opus erit testificari possint ejusmodi denuntiationem traditam esse creditori. Quod si forte absens erit creditor, aut præsens sui copiam non faciat, licet debitori querelam suam exponere apud quemlibet judicem ordinarium, ut pluribus cavetur in *d. L. in contractib. §. in omni.*

XVI. Tertium remedium est cautionis et chirographi (7) condictio. *L. si quasi C. de non num. pec.* Remedium plane superioribus consequens. Nam si pecunia numerata non est, ut licet confesso queri, et dicenti creditur: chirographum constituitur sine caussa; ut sive tanquam debitum datum sit, fiat indebitum; unde sit indebiti condictio ei qui existimans pecuniam suo nomine alii numeratam esse, puta procuratori suo, tanquam sibi numeratam habens, ideo se accepisse professus est: *L.* 4. *C. de cond. ind.* aut si sciens confessus est se accepisse, quod non accepit, sit (8) condictio ob caussam

Zang. *d. C.* 12. *n.* 20. Contra Fach. 2. *Contr.* 86. quia imo a mercatoribus originem traxit hæc obligatio nullisque magis necessaria, Benvenut. Straccha. *de Mercatorib. P. ult. Quom. in eu. Mercat. proced. Tit. de Except. n.* 9.

(7) Recte. Licet Donellus noster ad *d. L.* 7. per cautionem ibi stipulationem intelligat, quia dicitur condici obligatio. Quamvis, enim sit, exceptio hæc in solo mutuo datur, origo tamen obligationis, non titulus actionis, spectanda *L.* 3. *C. ad SC. Maced.* Sed vel obligatio ibi pro istrumento obligatorio, vel dici potest obligationem repeti condictione cautionis, quæ vera est etiam ante biennium, licet non efficax, vid. supra *N.* 2.

(8) Item condictio sine caussa, Don. ad *d. L.* 7. *n.* 2. *Duar. h. t. C.* 4 Ac si piguora in eam rem dedit, ea pro non datis *L.* 2. *C. Si pig. conven. n. pec. sec.* resque illas vindicare vel si possideat retinere potest. *L.* 1. *C. h. tit.* Ubi verba, *in rem experiri potest*, Accursius et Bartolus exponunt de pignoratitia, *in rem*, idest, propter rem.

dati caussa non secuta: cum ideo cautionem exposuerit, ut pecuniam acciperet, quam postea non accepit. Generalis autem condictio sit conditio sine caussa, qua chirographum inefficax reddi debeat. *L.* 2. *C. de cond. ex leg.* Hoc autem reddito consequitur debitor idem, quod prioribus remediis, ne scilicet in posterum possit ex eo chirographo conveniri, quo amplius creditor uti non potest, forte rupto postea, aut cancellato, certe eo, quod proferri ab eo non possit, cum id habere desierit.

XVII. Varia hæc remedia, sed unius rei; nempe huc spectantia, ne reus confessioni suæ, quæ in chirographo est, stare cogatur: intra biennium quidem semper: post biennium autem ita demum, si quo eorum usus fuerit intra biennium.

XVIII. Itaque videamus, ne jam adversetur omnibus *L. generaliter C. de non num. pec.* multoque magis ejus legis ratio. Ipsa lege ita constituitur generaliter: *si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente caussa descendentibus, eum qui cavit suæ confessioni acquiescere debere.* Ut appareat in caussis debendi nihil distingui, quominus secundum verba tam confessioni suæ stare debeat reus in caussa mutui quam in cæteris. Adjicitur ratio æquissima ad omnes confessos, ut videtur, pertinens; nimis indignum esse, infirmare quemquam, quod dilucide dixerit, et testimonio proprio resistere. Et de constitutione superiore sic habendum est, generalem quidem eam esse, et nisi quid de ea excipiatur, verbis ejus caussas omnes et confessiones ex his descendentes contineri. Sed excipitur cautio et confessio pecuniæ mutuæ. Non excipitur ea lege: at excipitur aliis constitutionibus de hac specie scriptis, quibus nominatim in hac caussa infirmandæ confessionis suæ potestas reo data est. Hæ ad legem generalem trahendæ sunt, ut generalis ex illis interpretationem accipiat, et proinde habeatur, quasi in ea inesset exceptio, justa præceptum. *L. non est novum*, et 2. seqq. *D. de legib.* Idque est quod regula juris traditur, in toto jure generi per speciem derogari, et illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. Neque aliud de ratione superioris legis respondeo. Æquum est unumquemque confessioni suæ acquiescere: indignum quemquam proprio testimonio resistere. Ut plurimum atque adeo cæteris in caussis omnibus ita est: in cautione pecuniæ creditæ locum non habet.

XIX. Quæret hic aliquis differentiæ rationem. Et merito: est enim ejusmodi, quam non facile quivis expediet in pari, ut videtur debili confessione. Hanc autem sic habeto. In confessione cæterarum caussarum (9) nulla præsumptio est pro confitente reo, cur e-

Quod refellit Donellus noster *ibid. n.* 4. quia actio personalis non datur propter rem, sed obligatione personæ. Nec potest dari actio pigneratitia, quia pignus non constitit, cum nec sit principalis obligatio mutui. Eam enim negat debitor, ideoque agit. Objic. At *d. L.* 1. non requirit probationem dominii, sed quod pignus datum sit. Resp. Donellus ibi convenisse inter litigatores debitorem esse dominum, quia creditor dixerit, sibi res datas pignori; per verba *nam intentio, etc.* Per intentionem intelligit Don. *n.* 7. exceptionem qua se creditor tuebatur, ut innuatur vindicationem debitoris, et exceptione creditoris de pignore dato, non repelli; Propterea ut sequentibus conveniant, pro *nec*, reponit *et*. Quam correctionem refellit *L.* 1. *C. Si pig. convent. n. sec.* ubi hoc rescriptum, iisdem omnino verbis repetitum, extat. Nec tamen probo expositionem vulgarem *nec numeratæ*, id est, non remuneratæ, redditæ vel solutæ, quam Donellus recte confutat. Nisi vehementer fallor hæc sententia est: Ideo in rem actio tibi neganda non est, quia, etiamsi velles, pigneratitiis tibi agendi deest facultas. Nam si dicis, dedisse te pignus, nec tamen pecuniam accepisse; te quodammodo ipse refellis ac contraria allegas, cum pignus tanquam accessio principalem obligationem præsupponat. Quomodo igitur, negat obligatione principali, poteris fateri accessoriam, etc. Atque ita vox *intentionis* tribuetur actori, non reo, quæ et propria ejus vocis acceptio est §. 1. *I. de act. L.* 2. *de Except.* Sane præter actionem in rem, condictionem ob caussam dati vel sine caussa dari verius putarem. Nec ex *h. L.* probatur hoc casu vindicati dominium probandum non esse. Semper enim ut vulgo, supponendi termini habiles. Non item video quæ sit necessitas in *d. L.* 1. *ut et L.* 1. *C. Si pig. convent. n.* pro *servetur*, *eruetur* substituendi, ut P. Fab. 3. *Semestr.* 10. *p.* 133. cum utique non inepte dicatur servari veritas, et veritas pro justitia et bonitate caussæ accipi possit, Henr. Steph. *Lib.* 2. *Schediasm.* 6.

(9) Non vero simile est falsa confessione se quenquam onerare voluisse, ubi nulla spes commodi sequuturi, Don. in *L.* 14. §. 1. C. *h. t. n.* 1. In mutuo vero frequentius eveniebat, ut cautio esset captiosa. Duar. *h. C.* 1. Pœna tamen negantis manum suam, vel injuste objicientis exceptionem præstatio dupli, *auth. contra C. h. t. Nov.* 18. *C.* 8. ubi vid. Cujac. *p. m.* 115. Cui tantum locum esse in inficiatione mutui, Donel. in *d. auth. n.* 2. quia in cæteris contractibus non nocet tantopere actori negatio, nec eum ad probandum adstringit, sed statur instrumento nisi reus aliud edoceat. Eidem tamen locus, etsi non simpliciter neget, sed se non credere dicat,

xistimare debeat falso confessus esse se debere, quod confessus est: in confessione pecuniæ creditæ justa et auxilio digna præsumptio. In cæteris caussis qui confitetur, non confitetur, ut quid accipiat, sed solum ut præstet, quod confitetur: quia ad confitendum accedit aut donare volens, aut præcedente caussa obstrictus, quam præcedere aut non minus aut etiam magis acturis, quam confitentis interest. Nemo autem facile existimandus est suum jactare velle, ibi ut se confessione sua ad præstandum debitum onoret, ubi vere non debuit. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* At in caussa pecuniæ creditæ debitorum mos facit, ut qui cautionem exponit tanquam pecuniæ sibi numeratæ, magis id faciat, ut pecuniam accipiat, quam nondum accepit, quam ut reddat acceptam. Creditores enim, a quibus pecuniamutua petitur, qua beneficii caussa dant, nun ulla necessitate obstricti, ideo daturi ne sibi sit damnosum officium suum, ante omnia sibi prospicere ad futuram numerationem solent, et petere a debitore futuro, ut is prius chirographum aliudve scriptum exponat, quo agnoscat se illam summam accepisse, et tradat, quo sibi de pecunia reddenda recte cautum sit, ostendantque se aliter non numeraturos. Quid debitur? negabit se daturum, prius quam pecuniam acceperit? Immo quia cautio huc spectat, ut accipiat, et pecunia indiget, debit ultro, quod petitur, sperans se deinde accepturum, quod petit, et quod creditor pollicetur. Et quotidiana experientia id ita vulgo fieri solere satis comprobat. Exposita autem cautione, notum est, quam multa incidant, quominus postea non numeretur pecunia. Mitto improbos fœneratores, qui cautione accepta cum aliquam moram ad numerandum malitiose interposuerint, imprube mentiri solent se numerasse, quod non numeraverunt. Loquor de minime malitiosis creditoribus. Non semper statim pecuniam habent in promptu, quam numerent. Dicunt sibi certo in loco esse, se curaturos, ut inde promant, quantum convenit, ac postea dent debitori. Itaque illum post aliquod tempus redire jubent. Interim interveniunt multa, ne promant. Aut occupantur aliis rebus necessariis, aut coguntur proficisci peregre; interdum etiam moriuntur, priusquam dent. Ita contra confessionem res perit misero debitori. Hæc cum videamus usu venire assidue; ex eo, quod fit, præsumptio sumitur, ut merito exstimetur reus negare sibi pecuniam esse numeratam. Scimus autem præsumptionem pro dicente facientem onus probandi in adversarium transferre. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* Multo magis si reus neget, ut in proposito, transferet. *L. adsereratio*, *C. de non num. pec.* Non debuit debitor, inquies, facilis esse ad cavendum se accepisse, quod non accepit. Hoc in eo dici potest, cui liberum fuit pecuniam non accipere. At in eo, qui pecuniam accipere voluit, qua indigebat, et metuit, ne non acciperet, si recusaret dare cautionem, necessitas rei familiaris debet esse excusata. Ut et in aliis omnibus caussis, si quis quid necesse habuit facere, necessitas veniam meretur. *L. si fidejussor*, §. 1. *D. qui sat. cog.* *L.* 2. §. *si quis tamen*, *D. si quis caut.* Deniqne ex hac necessitate, et more creditorum constat periculum certum intendi omnibus debitoribus prematuræ istius cautionis. Nihil æquius, quam adversus periculum quod intenditur, laborantibus subveniri. Idque ut ita fiat, jus est. *L.* 1. §. *sed etsi quis*, *D. de Carb. ed.* Merito igitur in confessione mutui hoc beneficium confitenti datum præter cæteras, ut impune negare possit se pecuniam accepisse, de qua confessus est.

XX. Sed quoniam fieri potest, ut pecuniam acceperit, quam negat, et æquum est, non plane inutilem constitui cautionem creditori, quæ illius caussa comparata est: visum est rem ita temperari in hoc beneficio, ut consuleretur quidem reo, sic tamen, ut et creditoris ratio haberetur. Ideo placuit superius beneficiom omne exceptionis non numeratæ pecuniæ, et querelæ intra certum tempus concludi; neque id longum; sed quantum satis esse videretur ad eam querelam deferendam, quo eam perpetuam sibi reus constitueret. Id tempus olim fuit quinquennium: nunc biennium ex constitutione Justiniani, *L. in contractibus*, in pr. *C. de non num. pec.* *Inst. de lit. obl.* Sed et hoc beneficium intra id tempus datum est reo hac lege, ut nisi eo intra tempus constitutum utatur, non impune id omiserit, sed exinde jam plane cautum sit creditori etiam ad obligationem. Atque hinc initium obligationis literarum.

XXI. Sic ergo in reliquum tempus jus est. Exacto biennio superiore pro incommodo ejus temporis, quod rei sublevandi caussa creditori impositum erat, hoc jam illi commodum præstatur, ut convertatur in contra-

ac probationem exigat, quia differentia inter non credere et negare in facto proprio non admittenda. Hieron. Marilian. *Decis.* 35.

rium vis cautionis, scilicet ut quæ prius reum confessum nullo modo tenebat, ne ad probationem quidem, deinceps eum plane teneat etiam jure obligationis. Ex illo enim reus, qui beneficio legis sibi concesso intra biennium usus non est, omnino solvere compellitur. Sic enim verba sunt *L. si intra*, in fin. *C. de non num. pec.* Quibus verbis statuitur obligatio ex literis, seu literarum, quam quærimus, quæ traditur *Inst. eod. tit.* Nam omnimodo solvere compelli, nihil aliud est, quam adstringi necessitate rei solvendæ. Hujus autem necessitatis vinculum est obligatio, ut declarat definitio obligationis. *Inst. de obl.* in pr.

C A P. XXXVIII.

Obligationem literarum vere esse obligationem; Id est, post biennium, quam cautio emissa est, et quo reus confessus de non numerata pecunia siluit, ita contrahi hanc obligationem, ut pro natura et jure obligationis, reus confessus solvere omnimodo necesse habeat: nec si paratus sit probare sibi pecuniam numeratam non esse, audiri debeat.

Tria quæri de genere obligationis literarum; et quæ. I.
An reus qui intra biennium non est usus querela, probationem non numeratæ pecuniæ ex inde offerens, sit audiendus. II.
Affirmant cum vulgo interpretum Accursius et Bartolus. III.
Negantem sententiam probant luculentissime tria argumenta, et manifesta juris testimonia. IV.
Primum *a definitione obligationis.* V.
Secundum *ab effectu obligationis.* VI.
Tertium *a differentia cautionum ex aliis caussis.* VII.
Juris testimonia quæ. VIII.
Bartoli defensio adversus illa improbatur. IX.
Affirmantis sententiæ momenta refelluntur. X. XI. XII. XIII.

I. Hac obligatione posita, de genere obligationis quæritur, quod dixi, quæ et qualis sit obligatio. In quo tria hæc sunt, quæ quærantur. Primum num ita sit obligatio, ut omnimodo et sine ulla exceptione solvere compellendus sit is, qui sine querela biennium exire passus est. Secundum an jure ulla constituta sit, aut constitui debeat ex literis. Tertium an recte dici possit ex contractu esse, quæ dicitur nasci ex superiore confessione literarum. Nam hæc omnia affirmantur a Justiniano de hac obligatione: *Tit. Inst. de lit. obl.* et *Tit. de obl.* §. *ult.* Quorum tamen in singulis justæ sunt dubitationes: de quibus proinde sigillatim dicemus.

II. Ac primum de hac obligatione hæc vetus quæstio est, si reus intra biennium querela superiore non usus, postea ita dicat pecuniam sibi non esse numeratam, non ut numeratæ probationem exigat ab actore, quod facere eum non posse inter omnes convenit: sed ut ultro non numeratæ probationem offerat, an non saltem hoc casu sit audiendus, atque ita probans non teneatur.

III. Audiendum esse vulgaris opinio est, quam magis probatam Accursio ad *Tit. de lit. obl.* et *L.* 3. *C. de non num. pec.* iisdem illis locis sequitur et defendit (1) Bartolus. Anceps quæstio ideo, quia ut alia argumenta istorum omittam, de quibus postea,

(1) Et Gom. 2. *Res.* 6. *n.* 7. Vasq. *Lib* 1. *de Success. creat.* §. 9. *n.* 22. *et seq.* Hopper. *Lib.* 4. *πειθανῶν p.* 131. A. Fab. *in Cod. Fabr. de non n. pec. defin.* 1. Quorum sententiam usu approbari scribit Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 12. *n.* 24. licet altera illa jure verior sit, et H. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n.* 13. quam et firmat Donellus noster *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 21. *et seq. et ad L.* 13. *n.* 17. Duar. *ad eum tit. C. c.* 4. Facb. 2. *Contr.* 81. *et seq.* ubi idem statuit jure Canonico, cum dissensio nulla sit expressa. Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 216. *et* 3. *seqq.* ita. Post biennium excipiendo non effugit debitor exsecutionem (Recte. Sic enim quivis maligni debitores exceptionem objicerent, tantum protrahendæ solutionis gratia,) nisi de ea exceptione notorie constet. Sed post factam exsecutionem ordinario judicio licet solutum, seu indebitum, repetere probata negativa de non facta numeratione ejus pecuniæ, de qua chirographum datum. Vid. et Menoch. 3. *Præsumpt.* 145. Sane aliis exceptionibus post biennium licere apud utrosque in confesso est. Potest igitur ex gr. negare scripturam esse suam, vi se coactum, dolove inductum ut confiteretur. Donel. ad *d. L.* 8. n. 20. Zang. *d. C.* 12. *n.* 23. Volunt et pupillo, ecclesiæ, et Reipublicæ, et piæ caussæ hanc exceptionem competentem biennio non fini-

urget maxime pro ea sententia species æquitatis, quia non videatur æquum esse audiri creditorem petentem tanquam numeratum quod numeratum non est, et de quo probatione rei possit constare. Rursum omnia jura reclamant, de vi cautionis istius post constitutum tempus agentia. Sed his omissis unum illud præcipue, quod pro omnibus esse poterat, quod dicitur is, qui biennium sine querela labi passus est, obligari literis. Non obligatur, nisi qui necessitate solvendi obstringitur, ut ante dixi. Utrum igitur verius?

IV. Ego pro certo habeo, reum confessum ex cautione pecuniæ mutuæ post biennium, quo siluit ita obligari, ut exinde quanvis dicat se paratum probare sibi pecuniam numeratam non esse, non sit audiendus, sed repudiata omni ejus querela nihilominus cogendus sit solvere. In quo quia error communis nos impedit, danda est opera, ut hæc sententia certius confirmetur. Quod faciam additis certis probationibus, et refutatis iis, quæ contra adferuntur. Stat vero hæc sententia tam certis argumentis, tamque manifestis locis juris, ut his cognitis turpe sit quemquam etiam nutu dissentire. Argumenta sunt hæc tria.

V. Primum ex definitione obligationis, quod ante attigi, ex quo hæc recta et certa collectio est. Si reus post biennium contrariam confessioni suæ offerens audiendus est, non est obligatus, quia ista oblatione consequitur, ne teneatur neve obstringatur necessitate pecuniæ cautæ solvendæ. At obligatum esse ex literis fatemur omnes, idque ex jure certo, *§. ult. Inst. de obl.* et *Tit. de lit. obl.* Quo nihil aliud significatur, quam eum obstrictum esse necessitate solvendi id, de quo reus confessus est, ex definitione obligationis. Quare contrariam probationem offerens ne solvat, si nobis constare volumus, non est audiendus. Aut si audiendum esse volumus, prius illud statuamus adversus jus manifestum, non esse eum obligatum.

VI. Secundum argumentum ab effectu obligationis. Quisquis obligatus est ad pecuniam dandam, ut eum post biennium obligari dicimus, qui cavit sibi pecuniam esse numeratam, et per biennium contra questus non est, is facto suo non potest desinere teneri, nisi aut solvat creditori, aut ei eo nomine satisfaciat. *L. si rem §. omnis, D. de pig. act.* Hæc vis est illius necessitatis solvendi, quam obligationi tribuimus. At debitor obligatus post biennium contrariam probationem offerens, et ita volens se non teneri, aperte non solvit creditori, cum potius huc spectet, ne solvat. Sed nec ei satisfacit. Nam satisfacere creditori est eum volentem pro eo quod a nobis petit, contentum reddere. *L. 1. D. qui satis. cog.* Hic autem oblatione contrariæ probationis non est contentus creditor, sed eam repudiat. Talem enim creditorem hic proponimus. Proinde qui ista oblatione neque solvit, neque satisfacit, is ante obligatus non desinet teneri, quo minus ista obligatione rejecta solvere omnimodo compellatur.

VII. Tertium argumentum non minus certum ex differentia cautionum ex aliis caussis descendentium. Si reus adversus cautionem suam in pecunia credita admittitur post biennium ad probationem contrariam, et solum in re dubia confessioni suæ stare cogitur: eadem ex cæteris cautionibus literarum obligatio est, quæ ex cautione pecuniæ mutæ. Nam et ex cæteris unusquisque confessionibus suis non minus acquiescere cogitur salva illi contrarium (2) probandi facultate. *L. generaliter. C. de num. pec.* Quinimo ex his cautionibus etiam obligatio major, quod in his reus statim confessione sua tenetur, nisi post biennium. At certum est, et eo inter omnes convenit, ex cautione cæterarum caussarum obligationem literarum non nasci. *Inst. de lit. oblig. L. adversus, L. si intra. L. in contractibus, C. de non num. pec.* Quapropter ut inter vim harum cautionum aliquid intersit, et recte dicatur ex prioribus obligationem non esse, ex posteriore esse obligationem literarum: cogimur fateri, velimus nolimus, inter hæc hoc distare, quod eum pariter in utroque genere reus confessioni suæ stare cogatur: hoc minus adversus reum ex altero genere cæterarum cautionum, quod in his reus habeat jus contra suam confessionem proban-

ri, de quo vid. Gœd. *ad L. 17. de V. S. n.* 23. Fach. 2. *Contr.* 87. Tiraq *Privil. piæ caussæ* 154.

(2) Duar. *d. C.* 4. Si admittitur post biennium probatio, nec scriptura ad obligationem quidquam faceret, sed tantum ad probationem. Nec esset hoc novum obligationis genus, nec diceretur litteris, sed re obligatus. Recte. Quin imo multo infirmior esset ad obligationem cautio pecuniæ creditæ, quam alterius cuisvis contractus. Siquidem ex hac semper onus probandi in alteram partem rejicitur. Nec quidquam certe præcipuum esset cautionis illius si post biennium contraveniret licet offerendo contrariam probationem, sed cum omnibus reliquis commune. In eo vero illius inferior foret conditio quod ante biennium immunitas exinde probationis.

di; quæ res facit, ut non obligetur; in cautione autem pecunæ creditæ ita tenetur reus confessione sua, ut nec si probationem contrariam offerat admittatur. Id autem demum obligationis.

VIII. Loci juris in eandem sententiam manifesti hi sunt. Primum. *L. si intra*, in fin. *C. de non num. pec.* ubi cavetur post biennium in hac caussa eum, qui interim querela usus non est, *omnimodo* debitum solvere compelli. Quid est *omnimodo*, nisi ut quocunque modo postulet se audiri, ne solvat, nihilominus omni isto modo cogatur solvere? Idem expressum est in *L. in contractibus*, in pr. *C. eod.* ubi diserte cavet Justinianus, ut *biennio elapso nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.* At eam querelam inducit, qui dicit sibi pecuniam non esse numeratam, quantumvis ejus rei probationem offerat. Vetat igitur aperte etiam isto modo querelam introduci, qui nullo modo eam introduci vetat. Plus dicitur in *ead. L.* §. *super*, in fin. eum qui intra tempus constitutum exceptione non numeratæ pecuniæ, quam habebat, usus non est, ita exinde omni querela excludi, ut nec possit sibi pecuniam non esse numeratam dicere.

IX. Scio Bartolum ad *L.* 3. *C. eod.* ita se his locis expedire, ut dicat his locum esse, cum reus post biennium ita dicit sibi pecuniam non esse numeratam, ut velit sibi credi, ut ante. Cæterum si probandi onus in se suscipiat, non obstare eos locos, quominus audiatur. Sed nimis aperte refutatur verbis eorum locorum. Lex ait reum, de quo agitur, omnimodo solvere compelli. Bartolus ait aliquo modo eum non compelli. Lex ait nullo modo post biennium induci posse querelam non numeratæ pecuniæ. Bartolus ait aliquo modo induci posse. Lex ait non licere post biennium dicere pecuniam non esse numeratam. Bartolus ait, et licere, et eum qui probet, vincere. Quæ contradicentia esse quis non videt? quorum eum plus uno verbo esse non possit, necesse est aut falsum esse, quod superioribus locis cautum est; aut falsum, quod de his affirmat sive Bartolus, sive qui idem sequuntur. Verum autem et certum, quod leges cavent. Falsum igitur, quod de his ab istis in hac re dicitur. Sed ne de probatione omni repudianda quam reus hic offerat, dubitetur, satis aperte et de eo cautum est *ead. L. in contractibus*, §. *illo*, *de non num. pec.* ubi nominatim illud observari jubet Justinianus, ut cui post biennium non permittitur opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, ei nec liceat actori jusjurandum offere. Alqui jusjurandum species est probationis *L.* 5. §. *dato*, *D. de jur.* et species probationis ut levissimæ, ita expeditissimæ: ubi scilicet adversarius in sua caussa constituitur testis et judex, et res uno verbo deciditur. *L.* 1. *L.* 3. *D. de jur.* Manifestum est igitur non admitti debitorem confessum hanc probationem offerentem. Quod si leviorem et breviorem probationem offerens, et eam quæ sit in adversarii potestate, non auditur, an dubitamus, quin non sit audiendus offerens longiorem et implicatiorem? Nam quod Accursius de eo loco respondet jusjurandum non habere vim probationis, si adversarius suscipere recuset, quasi ei id facere liceat; aperte falsum est. Cogitur enim quisque delatum suscipere, nisi quam justam caussam habeat. Quod nisi suscipit, jam et id adversus recusantem pro manifesta confessione et probatione habetur. *L. manifestæ*, *D. de jur.* de quo diximus satis in commentariis in eo argumento ad *Titulum de jur.*

X. Defenditur tamen vulgo contraria sententia argumentis in speciem non improbabilibus, sed tamen re ipsa neque veris, neque consentaneis, et quibus nos moveri non oportet. Ea diligenter quæsita reperiu ad summum esse quatuor: de quibus breviter respondebo. Primum argumentum ejus sententiæ hoc est. Illicitæ actiones non sunt a magistratu, multoque minus a judice admittendæ. *L. illicitas*, *D. de off. præs.* Illicita autem et iniqua exactio est, si reus probare volens pecuniam sibi non esse numeratam, non auditur; sed sive numerata sit, sive non sit, solvere cogitur. Quapropter hanc probationem offerens audiendus est, et contraria petitio repudianda. Respondeo. Nihil verius, quam illicitas et iniquas sive exactiones, sive petitiones prohibendas esse. Addo etiam, quisquis inique petit, ut dolo facit, ita et in eum jure constitutam esse exceptionem doli mali, qua petitio removeatur. *L.* 1. *D. de dol. mal. exc.* Sed verum non est illicitam aut iniquam petitionem esse, ubi adversus cautionem mutui omissa intra biennium non numeratæ pecuniæ querela, cogitur reus post biennium omnimodo cautioni suæ stare, et solvere, repudiata omni alia probatione non numeratæ pecuniæ. Esset iniqua petitio, si actor aperte fateretur se pecuniam non numerasse, et nihilominus eam peteret hoc prætextu, quod reus non esset usus querela non numeratæ pecuniæ intra biennium. Quo casu concedo petitionem hominis aperte de sua turpitudine confitentis audiri non debere.

Sed nunc de eo non agitur. Proponitur creditor, qui dicit se pecuniam numerasse, et probat chirographo seu cautione adversarii. Nihil æquius, quam fidem huic haberi omnimodo post biennium, et rejici umnem infitiationem rei, quamcumque probationem in eam rem offerat. Nam duæ res adversus eum stant, quæ justissime eum removent: ipsius confessio literis testata, et silentium totius biennii, quo omissa omni querela illam confessionem suam tam aperte confirmavit. Fieri quidem potest, ut pecunia non sit numerata; fateor. Sed fieri etiam potest, ut sit numerata, reus autem malitiuse ac frustrandi tantum caussa numeratam negel. Hoc nunc quæritur, utri potius standum sit, actorine intendenti pecuniam esse numeratam, an reo numeratam neganti. In promptu est æquius esse credi actori freto confessione adversarii, et ejus silentio. Nec fit injuria reo, si in hac specie repudiatur ejus omnis contraria probatio. Nam ipse in hanc difficultatem se conjecit, quam et illi multo ante lex denuntiavit. Illi enim beneficium querelæ intra constitutum tempus tributum erat hac conditione, ut nisi intra id tempus eam querelam deferret, sciret biennio finito eam omnem querelam removeri, *d. L. si intra*, *d. L. in contractibus*, *de non num. pec.* Qui beneficio legis, quod certa conditione tribuebatur, secundum legem usus non est, is merito in conditionem et pœnam legis incidit; et si quid plectitur, cum ei tam aperte denuntiaretur, jure plectitur, ac de se queri debet, non de jure aut de adversario.

XI. Secundum argumentum est contrariæ sententiæ ab exceptione doli mali, quæ reo confesso competit intra biennium. Placet et hanc competere cum exceptione pecuniæ non numeratæ *L. 3. C. de non num. pec.* At doli mali exceptio perpetua est. *L. pure, §. ult. D. de dol. mal. exc.* Ergo et hæc post biennium reo confesso competet. Quod si competit, necesse est competat aut nolenti probare, aut probationem offerenti. Concedimus non competere solum infitianti, qui biennio transacto immunitatem probandi non habet, ut ante habuit. *L. adserveratio*, *C. de non num. pec.* Restat igitur ut competat post biennium saltem probationem offerenti. Respondeo. Quæ exceptio doli reo confesso in hac caussa ante biennium compe tit, æque temporalis est, atque exceptio non numeratæ pecuniæ, et ambæ pariter finiuntur biennio. Id aperte declarant constitutiones, quæ sunt de hoc genere. Lex ait, post biennium reum confessum compelli omnimodo solvere. *d. L. si intra*, in fin. *de fin. de non num. pec.* Ergo reus post biennium nullam exceptionem habet, neque hanc, neque illam: quia qui exceptionem habet, non cogitur solvere, atque adeo omnino non tenetur. *L. nihil interest, D. de reg. jur. L. lecta*, vers. *pen. D. si cert. pet.* Ait lex, post biennium querelam non numeratæ pecuniæ introduci non posse. Ergo nec exceptio ulla introduci poterit. Per hanc enim introducitur querela: quandoquidem nulla est exceptio ob pecuniam non numeratam, quæ non habeat hujus ipsius pecuniæ non numeratæ querelam. Non obstat, quod Paulus scribit in *d. L. pure, §. ult. de dol. exc.* doli exceptionem perpetuo competere. Hoc enim de ea exceptione doli dictum est, quæ specialis est, quæ eadem principalis et per se competit, non etiam ex aliis exceptionibus reo competentibus (3) oritur. Ea est, quæ jam inde ab initio nascitur ex dolo, quo reus in re gerenda deceptus est; nascitura, etsi alia ulla exceptio eo nomine non competeret. De qua in *Inst. de except.* in pr. De ea, inquam, agitur in *d. L. pure.* Illic enim Paulus comparat exceptionem doli, de qua loquitur, cum actione de dolo. Scimus autem actionem de dolo non competere nisi de iis, quæ dolo malo ab initio gesta sunt. *L. 1. D. de dol.* Non est in eadem caussa doli exceptio generalis. Eam dico, quæ aliis exceptionibus non propter dolum actoris, sed ob alias caussas reo ab initio proditis accedens, ob has ipsas exceptiones reo compelit. *L. 2. §. et generaliter, D. de dol. mal. exc.* Hæc non semper est perpetua: sed sequitur conditionem ejus exceptionis principalis, propter quam competit; ut si principalis perpetua est, etiam doli mali exceptio quæ inde oritur, sit perpetua. Sin principalis temporalis est, etiam doli exceptio inde orta eodem tempore finiatur. Optima ratione. Non enim potest hæc exceptio oriri ex ea, quæ amplius non est. Sed et in his exceptionibus prior illa principalis est: hæc doli eodem nomine competens, accessoria, aut certe priori consequens. Cum autem principalis caussa non consistit, constat illic nec ea consistere, quæ sequuntur, quæve accessionum locum obtinent. *L. cum principalis, D. de reg. jur. L. 2. D. de pec. leg.* Jam vero talis est doli ma-

(3) Ita et noster ad *L. 8. C. h. t. n. 25, et seqq.* ubi et *n. 24.* resp. dari exceptionem doli contra eum, qui dolo facit. Post biennium petens non facit dolo, quia petit quod debetur ex litteris, in eoque jure suo utitur.

li exceptio, quæ confesso in hac caussa competit intra biennium. Oritur enim ex eo, quod prius ei constituta est intra id tempus exceptio non numeratæ pecuniæ: utpote sine qua nulla illi futura esset doli exceptio. Argumento est, quod confessus in aliis caussis quam mutui, nullam habet exceptionem doli mali adversus eum, qui agit ex cautione, sed confessioni suæ statim stare cogitur. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Quod quidem non alia ex re fit, quam quod ei cautioni denegata est exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ cautioni mutui concessa est. *L. adversus. L. in contractibus, C. eod.* Denique ut certius statuamus exceptionem doli mali, quæ in hac caussa competit, talem esse, et una cum exceptione non numeratæ pecuniæ biennio exacto finiri: semper redeundum est ad constitutiones, quæ sunt de hoc genere; quas certum est post biennium excludere omnem querelam pecuniæ non numeratæ. Quibus verbis omnis exceptio hanc querelam introducens, aperte removetur.

XII. Tertium argumentum est contrariæ sententiæ ductum a condictione chirographi et cautionis. Nam hanc quoque condictionem intra biennium confesso competere supra diximus cautum. *L. si quasi, C. de non num. pec.* Sic autem sumunt: At omnis condictio, omnisque in personam actio usque ad triginta annos perpetua est. Sic enim diserte traditur in *L.* 2. illic *neque sit in quocumque C. de const. pec.* Ergo hæc eadem condictio etiam post biennium confesso competet: si non nolenti probare; at certe ejus rei probationem offerenti. Quo argumento etiam efficietur, et exceptionem doli mali multo magis reo convento dari debere: quia cui damus actionem, eidem multo magis exceptionem competere certum est. *L. invitus §. 1. D. de reg. jur.* Et de hac condictione respondeo idem, quod ante de exceptione doli mali: quæ condictio hic competit confesso ante biennium, eandem elapso biennio una cum exceptione finiri. Efficitur hoc iisdem illis constitutionibus, quibus post biennium removetur omnis querela non numeratæ pecuniæ, et reus omnimodo solvere jubetur. Quibus verbis apparet removeri post biennium non solum exceptionem, sed multo magis actionem, qua reus non jam ad se tuendum tantum; sed ultro ad impugnandum creditorem utitur, ac nihilominus eandem querelam pecuniæ non numeratæ introducit, et id agit, ne solvere cogatur. Sive diximus hanc condictionem ex jure istius querelæ introducendæ nasci, sive ex condictione nasci querelam, semper huc res redit, ut superioribus verbis condictio ista amota esse intelligatur. Cum enim quid prohibetur, intelliguntur et prohiberi omnia, et quæ ex eo sequuntur, et quæ antecedunt, per quæ ad illud pervenitur. *C. cum quid prohibetur. C. cum quid una via, extr. de reg. jur.* Ne contrarium putemus, quod ita scribitur in *d. L.* 2. *C. de const. pec.* omnes personales actiones usque ad triginta annos durare. Hoc enim sic accipiendum est, nisi si qua intra certum tempus a lege aperte conclusa sit. Indicio sunt actiones in personam pœnales prope omnes, quæ intra annum propositæ eum annum non excedunt. *Inst. de perp. et temp. act.* in pr. *L. in honorariis. D. de obl. et act.* Sed et rei persecutoriæ pleræque tales sunt, actio de dolo constituta intra biennium, redhibitoria intra sex menses, quanto minoris intra annum. Harum nullam hoc tempus egredi constat. *L. ult. C. de dol. L. sciendum,* 19. *§. ult. D. de æd. ed.* Idem et de hac condictione intelligendum est, quæ proposita est confesso ante biennium. Non adjicitur quidem in *d. L. si quasi, C. de non num. pec.* competere hanc condictionem intra certum tempus. Sed satis hoc tempus præstitutum aliis constitutionibus præstitutum est, cum vetant finito biennio ullam amplius querelam pecuniæ non numeratæ introduci. Quid autem de tempore, intra quod ea condictio duret, servandum sit, ex illis sumendum est. Nam et in *d. L. si quasi,* scriptum est de exceptione non numeratæ pecuniæ hanc idem reo competere sine ulla præfinitione temporis. Et tamen omnes concedunt eam non longius competere, quam intra biennium, cogentibus scilicet aliis legibus, quæ ei exceptioni præfiniunt tempus. Concedamus igitur idem et de ista condictione, quæ simul eodem scripto conceditur, quia et iisdem illis legibus eodem tempore inclusa est. Sed hoc responsum illi urgent, et probant, cum hæc condictio semel competere cœperit ante biennium, non posse, quin et duret finito biennio; quia scilicet ita scriptum sit in *L. obligationum fere,* vers. *placet, D. de obl. et act.* Obligationem ad tempus constitui non posse, quin et post tempus duret actio. Sed hoc dictum est de obligationibus constitutis conventione contrahentium, aut suprema voluntate testatoris in legato, ut ex ipso loco videre est. Hoc vero in his recte dicitur: privatorum enim voluntas obligationem semel constitutam temporalem efficere non potest: hac ratione, quæ illic redditur, quia finiuntur jure obligationes certis tantum modis. Inter quos non est tempus debendi a privatis constitutum. Ad actiones lege ipsa ad cer-

tum tempus constitutas id non pertinet. Quid enim certius, quam actiones ad certum tempus plerasque constitui, et constitutas eo tempore exacto finiri, ut ante diximus? *d. L. in honorariis, D. de obl. et act. Inst. de perp. et temp. act.* Quippe legis potestas hæc est, ut quod voluit, jussisse sufficiat, et cujus fuit actionem dare, ut valeat, sit, et ejus actioni modum statuere, quem velit, ut utrumque servetur, quia lex voluit. *L. 2. D. de legib. L. non dubium, C. eod.* Jam autem constitit condictioni isti, de qua loquimur (4), tempus præfinitum esse, et id constitutionibus, non privatorum conventione.

XIII. Postremum argumentum, cui maxime fidere videtur Bartolus, est ex *L. adseveratio, C. de non num. pec.* Illic scriptum est, in cautione mutui sic competere confesso exceptionem non numeratæ pecuniæ, ut quamdiu competit, transferat necessitatem probationis ad petitorem. Hinc ille colligi putat, amissa exceptione ista post biennium, incipere deinceps rejici onus probandi in reum. Hoc autem onere in eum admisso nihil restare, nisi ut audiatur etiam post biennium. Et certe recte colligeretur, si confesso ante biennium competeret tantum exceptio non numeratæ pecuniæ, et immunitas probationis. Sic enim recte diceremus lapsum biennii non plus adimere posse reo, quam illi ante biennium competebant. Sed hic apparet error Bartoli, et aliorum eo loco utentium. Non enim ante biennium competit solum confesso exceptio superior, et item immunitas probandi; sed hoc amplius et querela non numeratæ pecuniæ, ut supra ostendimus. Sic fit, ut lapsus biennii hæc omnia vertat in contrarium ei, qui ante isto jure usus non est; eoque quemadmodum reo adimit cætera duo, sic adimat et non numeratæ pecuniæ querelam. Quæ cum ita sint, nihil certius, mea sententia, dici potest, quam obligationem litterarum ita esse, ut sunt cæteræ obligationes: ut scilicet quandiu de caussa obligationis constabit, id est de literis post biennium, tamdiu reus ex literis conventus, id est ex caussa obligationis, omnimodo solvere compellatur, repudiata ex certis constitutionibus omni querela non numeratæ pecuniæ, proinde et omni oblatione contrariæ probationis.

(4) Resp. et Don. *ad d. L. 8. n. 29.* ita condictio sine caussa non datur ubi justa caussa debendi non subest. Post biennium vero subest. Et actio in personam ita perpetua nisi justis modis obligatio sublata. Post biennium autem tollitur obligatio qua tenebatur creditor ad reddendam cautionem: Denique condictionem elapso biennio non dari, clarus est textus a Donello non animadversus *L. ult. C. de cond. ex Lege.*

CAP. XXXIX.

Literarum obligatio quam recte ulla ita dicatur, quasi sit ex literis: atque adeo quam recte ulla hujusmodi numeretur inter species obligationum. Tum quam recte dicatur esse ex contractu Postremo in alia confessione, quam literarum, eandem obligationem locum non habere: Cautione scripta interposita si stipulatio adhibita sit, etiam literarum obligationem manere.

An ulla sit vera obligatio ex literis. I.
Negantium tria argumenta. II.
Ea ordine refelluntur. III. IV. V. VI.
Tentatur adversus L. non figura 38. D. de O. et A. *ingeniosa defensio, eaque improbatur.* IV.
Interpretatio accurata ejusdem. L. V. *Quam recte dicatur obligationem hanc esse ex literis, et ex contractu.* VII.
Contraria diluuntur. VIII. IX.
Qui sine literis confessus est pecuniam accepisse, nec numeratæ pecuniæ exceptione juvatur, et quandocunque confessionem falsam probare potest, etiam stipulatione confessus. X. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Stipulatio adjecta cautioni non numeratæ pecuniæ vim habet obligationis literarum. XIII.

I. Sit ergo hoc primum in hac obligatione, ut statuatur, quatenus eum teneat, quem dicimus inde obligatum. Proximum est, ut quæratur, jure ne fiat, ut ejusmodi aliqua obligatio esse dicatur, quæ quemquam obliget ex literis.

II. Certe quominus id fiat, tria hæc repugnare videntur, vis scripturæ cujusque veterum sententiis tradita; definitio Pauli in *L. non figura, D. de obl. et act.* propemodum conceptis verbis contraria; tum veterum divisio de obligationibus ex contractu, quæ hanc speciem non agnovit.

III. Ea nos isto ordine proposita breviter

diluemus. Primum hæc vis omnis scripturæ generaliter traditur, fieri de rebus scripturas, ut quod actum gestumve est, per eas facilius probari possit: sine his autem valere, quod actum est, si habeat aliam probationem. *L. 4. D. de pignor. L. 4. D. de fid. inst. L. cum res, C. de prob.* Si in literis probatio est obligationis, et rei gestæ unde obligatio oritur: non possunt literæ esse ea res gesta, quæ constituat caussam ejus obligationis. Aliud est enim omnimodo id, quod probat, et aliud quod probatur. Quinimo sunt duo ista ex genere relatorum inter se, quorum unum nunquam potest esse alterum: non magis quam pater filius: quod antecedit, id quod sequitur; caussa esse effectus. Dicendum est vere ista dici, itaque rem se habere regulariter. Unam exceptionem esse in ea specie, de qua agimus. De qua exceptione dubitari non potest, cum videamus isti cautioni et scripturæ nominatim tributam esse legibus obligationem post biennium. *d. tit. Inst. de lit. obl.*

IV. Sed præcipue adversatur. *L. non figura, D. de obl. et act.* ubi Paulus prope disertis verbis hanc caussam obligationis repudiare videtur. Sic enim verba sunt: *non figura literarum, sed oratione quam exprimunt literæ, obligamur.* Non figura literarum, idest non literis. Non enim addit, sed oratione, quam exprimit figura literarum, sed quam exprimunt literæ, vocans literas, quam prius dixerat figuram literarum. Sed et paulo post vocat scripturam, quam initio figuram literarum dixerat: Ita breviter hoc definit, non obligari nos literis, contra quam dicimus. Non dicit, ut Accursius, obligari nos utroque, idest oratione quidem, verum et literis; sed aperte obligari nos oratione ait; literis obligari negat. Scio tentari posse, num recte dicturi simus Paulum his verbis aperte hoc statuere nullam obligationem esse literarum seu ex literis, idque eum vere scripsisse, quia ita jus fuerit ipsius temporibus, ut (1) nulla esset, utpote nondum inducta. Neque tamen eam sententiam huic obligationi obstare debere, quia hæc obligatio inducta aut pro certo primum agnita sit a Justiniano, idque ea constitutione, quam certum sit derogare juri in Pandectis relato: ea est *L. in contractibus, C. de non num. pec.* Sed neutrum licet dicere. Nam Justinianus in ea lege exceptionem non numeratæ pecuniæ post constitutum tempus excludens nihil amplius se in eo jure inducere profitetur, quam ut quæ intra quinquennium ante competebat, nunc competat tantum intra biennium. Quo declarat nec se de his quæ de eo genere aliis libris nostris scripta sunt, quidquam præterea immutare. Quod ad tempora Pauli attinet, etiam ejus temporibus valuisse hanc obligationem non levis conjectura est ex *L. si intra, C. de non num. pec.* ubi, ut ante retulimus, diserte scriptum est, si in specie, de qua agimus, legitimum tempus excesserit querela a reo non perlata, eum omnimodo solvere debitum compelli. Quæ verba, ut ostendi, aperte statuunt hujus rei obligationem: cum nihil aliud sit obligatio, quam vinculum, quo obstringimur ista necessitate solvendi. Sed et eodem rescripto cum dicatur ita compelli ob cautionem, quam exposuit, adversus quam intra constitutum tempus exceptione doli usus non sit: etiam hac parte non obscure significatur eam necessitatem solvendi, idest obligationem nasci ex vi ejus cautionis, id porro est ex literis. Atqui id rescriptum est Alexandri Imperatoris: cujus temporibus vixisse Paulum didicimus, auctore Lampridio in vita Alexandri. Ac ne quis forte apud se sic cogitet, fieri posse, ut jus istud rescripto Alexandri constitutum secutum sit postea, cum jam superius illud Pauli editum esset, quod legimus in *L. non figura*, satis intelligitur ex *d. L. si intra*, necessitatem illam solvendi, quæ illic commemoratur,

(1) Duae. *h. t. C.* 43. tempore Pauli fuisse incognitam pee *L. ult. de caus. pec. l. ul. de O. et A.* et per divisionem Caii et *C.* 4. nullam ejus meutionem in D. sed manasse ex principum constitutionibus, et Hotom. 6. *Obs.* 19. Vult. *ad §. ul. I. de obl. n.* 6. putat hanc litterariam obligationem eandem esse quæ olim fiebat nominibus, solemnitatem illius exolevisse, ipsam obligationem non sublatam; in desuetudinem quidem abiisse, sed ab Imperatoribus reductam *l. h. t. n.* 3. putat illum nominum contractum in solo mutuo celebratum fuisse. Sed Ræv. 3. *Var.* 1. ita eum exponit. Qui emptionis, locationis, stipulationis, aliove titulo obligatum habebat, securitatis majoris caussa, tabulas perferebat, debitorem ad perscribendam nominis seu debiti quantitatem urgens, ut omissa veteris obligationis caussa commodior succederet ex litterarum subsignatione. Solebat id tractari Romæ coram equitibus aliquot et ornatis viris, in provinciis coram decurionibus aut duumviris, qui litteras hujusmodi signabant. Sen. 3. *de Benef.* 15. Ita Ræv. an recte ambigo. Locus Senecæ satis non probat, minusque alter ex eodem. Verius videtur sentire Cujac. 22. *Obs.* 3. eam expeditam per mensæ scripturam, vid. et Hopper. *Lib.* 4. *πειθανῶν p.* 129. *et seqq.*

non tunc primum induci ab Alexandro, sed jus esse, quod et ante in usu erat Non enim dicit Alexander, in posterum debitum omnimodo solvere compelletur: sed, debitum omnimodo solvere compellitur, verbo ad jus præsens, et quod tum obtinebat, relato.

V. Nihil opus est verbis. Si totam definitionem Pauli non particulam intueri volumus, et recte expendimus, quid subjiciat: puto, reperiemus eum statuere hanc ipsam obligationem quam quærimus, et eam ex literis. Animadvertendum est enim eum non simpliciter dicere, non obligari nos *figura literarum;* sed addita conditione, et temperamento, quod ad excipiendam obligationem hanc perspicue referatur. Sequitur enim: *quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* Hanc adjectionem non pro ratione, ut (2) Accursius, et alii plerique, sed pro temperamento præcedentis definitionis accipio. Estque hic sensus planus: Non obligamur figura literarum, seu literis: sed hoc hactenus, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura: quam quod oratione significatur: idest quatenus placuit scripturam solum tantumdem valere, quantum orationem, non plus. Cæterum sicubi placeat scripturam plus valere, illic nihil probibet, quominus recte dicamur literis et scriptura obligari. Quod ipsum accidit in confessione pecuniæ creditæ. In qua si quis sine scripto confessus sit sibi pecuniam numeratam esse, non obligatur, ut in *extremo* dicemus. Idem si confiteatur literis placet eum post tempus præstitutum olim quinquennium, nunc biennium omnimodo solvere compelli. Ubi apparet placere majorem vim esse scripturæ, quam orationis. Et ibi quoque obligationem literarum statuimus assentiente plane, vel potius hoc ipsum exigente superiore exceptione. Perinde est enim, quasi ita diceret Paulus, cum in cautione pecuniæ creditæ post statutum querelæ tempus plus tribuitur scripturæ, quam verborum confessioni, non jam dico in ea specie non obligari nos literis, ut in cæteris: sed hanc speciem excipio, in qua volo intelligi nos literis obligari. Hoc sensu, ut dixi, non infirmatur obligatio literarum superiore definitione, sed maxime confirmatur: et interpretatio cum verbis consentanea est, tum vero cum oratione et jure illorum temporum optime congruit.

VI. Postremo opponitur nobis divisio veterum. Exstat Caii divisio de obligationibus ex contractu in *L.* 1. *D. de obl. et act.* in quà ille hoc genus ex professo tractans has tres species hujus generis tantum posuit, ut diceret obligationes ex contractu aut re contrahi, aut verbis, aut consensu. Literarum obligationis mentionem nullam facit. Idem in enumeratione harum specierum factum videre est a Pedio, Ulpiano, Modestino in *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact. L. certi*, *§. quoniam*, *D. si cert. pet. L. obligamur*, *D. de obl. et act.* Quod ab illis literarum obligatio appellata non est, cum locus exigebat, to præsertim cum ex professo instituebat r obligationum divisio, certo argumento est, hanc illos speciem non agnovisse, neque in numero obligationum habuisse. Non enim omiserunt imperitia juris homines juris consultissimi. Ex quo relinquitur ideo eos omisisse, quia nec jure erat cognita. Et omnino aliud agnoscere non possumus in superioribus divisionibus. Sed duplex caussa reddi potest, cur non agnoverint hanc speciem, et nihilominus vera sit obligationis species. Una caussa est, quod cum priores illi Pedius et Cajus ætate superiores essent, nondum fortasse illorum temporibus recepta erat hæc obligatio, sed postea aut paulatim inducta est moribus, aut certioribus constitutionibus confirmata. Altera caussa est, quod etsi forte ex hac cautione etiam tum obligaretur reus post quinquennium; tamen nondum propterea satis conveniebat inter omnes de caussa obligationis, quasi dici deberet obligatio ex literis. Nec abs re omnino. Dici enim potest obligatio ex re esse: potest et dici esse ex literis, diversis rationibus non improbabiliter. Ex re, id est ex numeratione pecuniæ, quia creditor ex hac cautione sic agit, ut dicat se pecuniam numerasse, quam ideo sibi dari oportere intendit: atque hujus numerationis fidem facit chirographo et cautione. Ita in proposito caussa obligationis est in numeratione, probatio in scriptura. Rursum idcirco dici potest hæc obligatio esse ex literis, quia harum literarum vis longe recedit a natura probationum. Nam probationi scripturæ contraria probatio opponi potest,

(2) Forner. 4. *Rer. Quotid.* 28. quatenus ibi pro quia. Heidec. *in leg. naturalis* 5. *de præs. verb. Ac.* 2. *et* P. Bus. 5. *Subtil.* 7. de nominum obligatione accipiunt. Hotom. 6. *Obs.* 19. pro *oratione* legit *ratione* ut sensus sit. Non ex chirographo, sed ex ratione, id est caussa præcedente obligationis in chirographo expressæ, propter quam id conscriptum, obligatio. Quasi Paulus ibi aperte obligationem hanc negaret. Aliter Vult. *l. hoc tit. n.* 2.

si nihil amplius sit in scriptura, quam probatio. *L. generaliter, C. de non num. pec. L. cum precibus, C. de prob.* At hoc contra fit in hac cautione post biennium, ut supra ostendimus. Quæ res declarat in ea obligationis vim esse, non probationis. Merito igitur inde dicatur obligatio esse ex literis. Et hoc verius. Quod et tandem obtinuit, idemque et Justinianus secutus est in Institutionibus.

VII. Tertium statuitur de hac obligatione. Placet enim non tantum esse ex literis, sed etiam ex contractu, ut quemadmodum stipulatio verbis, sic et in hac specie obligatio literis contrahatur, *d. §. ult. Inst. de oblig.* Et hoc quam recte dicatur, tertio loco quærimus. Duo enim obstant, quæ et ipsa diluenda sunt.

VIII. Primum nullus est contractus, in quo non id agitur, ut quid detur aut fiat in futurum. Exemplo est stipulatio, quæ definitur conceptio verborum, qua quis interrogatus daturum facturumve se id, quod interrogatus est, respondet. *L. 5. §. stipulatio, D. de verb. obl.* Scimus autem stipulationum conventionalium tot esse species, quot rerum contrahendarum. *eod. L. 5.* in pr. Et ne dubitemus hoc ad omnes contractus pertinere, constat hoc amplius nullam esse obligationem, undecumque nascatur, proinde ne ex contractu quidem quæ non sit in eo, ut quid postea detur, aut fiat. *L. 3. D. de obl. et act.* At in cautione pecuniæ creditæ cum quis simpliciter confitetur se pecuniam accepisse, is de præterito tempore tantum cavet, non etiam quidquam in futurum pollicetur. Quare prope est, ut ne hinc sit obligatio. Multoque minus esse potest ex contractu. Dicendum est hujusmodi cautionem ut est conceptio verborum, in præteritum tantum conceptam esse; re autem et significatione etiam in futurum, in qua hoc etiam reus caveat, se quod accepit soluturum. Nam qui caussam obligandi sui posuit, etiam obligationem quæ necessario jure adjuncta est, posuit. Omninoque in mutuo hoc evenit, ut qui quid accepit mutuo, jure ad id reddendum obligetur, ut proinde qui unum dixit, etiam intelligatur alterum dixisse, *Inst. quib. mod. re contr. obl.* in pr. Ejusque rei certissimum argumentum est in hac cautione creditoris, profiteor te non teneri; quæ cum sit verbis in præsens non in futurum conceptis, et ad testimonium liberationis tantum spectare videatur; dicitur tamen pactum habere, ne scilicet creditor a reo in futurum petat. *L. tale*, in pr. *D. de pact.* Quippe hoc sequebatur, si quidem non teneatur reus.

IX. Sed esto, hoc quoque caverit reus se soluturum, quod fatetur se accepisse. Nondum tamen hic contractus est, nisi ut verbis cavet reus se id soluturum, etiam re in hoc consentiat, ut præstet. Jam enim sæpius dicimus, nullum esse contractum sine conventione et consensu. *L. 1. §. 1. D. de pact.* At hoc saltem secundum videtur deesse huic obligationi. Qui enim cavet se pecuniam accepisse, quam non accepit, futuræ numerationis caussa, palam est eum non consentire in hoc, ut reddat, quod non accepit. Sic fit, ut non possit videri esse ex contractu, quæ non est ex consensu. Et fatendum est, eum qui cavet se pecuniam accepisse, quam non accepit, non consentire, ut reddat non acceptam, id est ut præstet ideo, quia acceperit. Sed consentit simpliciter, ut eam præstet, si querela non numeratæ pecuniæ intra constitutum tempus usus non erit. Id eum facere intelligimus ex eo, quod dat cautionem, ut sit apud creditorem eo loco, quo jus eam esse voluit. Voluit autem eam vim habere, ut post biennium reum obliget ad id præstandum, quod cautione se debere agnovit. Quare et in hoc se voluntate sua obligare intelligitur. Et generaliter in his quæ geruntur inter aliquos, quæ certam vim certumve usum jure constitutum habent, ex jure sumitur id, quod agi videtur, ut est in *L. 6. D. de sol.* Utrumque igitur verum est, ut obligatio hæc est ex literis, ita in his ipsis esse ex contractu.

X. Sed quæcumque hic obligatio est, et quocumque ex consensu illud manet, in universa hac confessione mutui solam obligationem esse literarum, seu solum (3) ex literis. Quod duo hæc continentur, ut neque in eadem confessione obligatio sit sine literis; neque sit obligatio literis intervenientibus, si in his alia sit debendi caussa, quam literæ. Quæ duo cum præcipua quadam animadversione indigeant, et ad vim obli-

(3) Propria hæc species contractus. Nec recte DD. ref. Mozz. *de Mutuo C. 2. de Divis. Mutui n. 2.* vocant hoc mutuum mere civile. Quibus fere accidit Heidec. *d. Ax. 2.* genere quodam videri hanc peculiarem obligationem vere ac in effectu (male igitur Imperatores si ita est) esse ex re ipsa et numeratione præsumpta *L. 5. 7. 9. Cod. h. t.* Ideo non dari condictionem ex lege, sed condictionem certi. *L. un. C. Th. Si cert. pet. de Chirog.* Nihil hoc obstat quia et ex stipulatione rei certæ certi condictio. Num ideo obligatio ex re?

gationis literarum magis exprimendam pertineant, visum est ea extremo loco separatim attingere. Primum igitur quæro, si quis verbis sine chirographo et literis confessus sit se pecuniam mutuam accepisse vel absente creditore, vel præsente, an non in ea confessione, quæ a scripta non discrepat, sit, aut certe esse debeat effectus idem, quem diximus in cautione et chirographo; ut scilicet confessus intra biennium habeat exceptionem non numeratæ pecuniæ; finito autem biennio, intra quod querelam non detulerit, in totum obligetur. Et si obligatio hujus generis, itemque exceptio recte tribuitur literis, seu ei et adversus eum, qui scripto confessus est: apparet remotis literis, et cautione scripta superioribus rebus locum non esse. Et res ita habet. Qui sine scripto ita confessus est, non habet (4) exceptionem non numeratæ pecuniæ, si constet eum ita esse confessum, quod fiet vel ipsius confessione, dum se ita aliquando confessum agnoscet, vel si neget, testibus, dummodo ad eam rem rogatis. *Novel. de testib. §. et licet*, vers. *hæc autem inania*. Ideo autem non habet, quia nisi qua præsumptione adjuvetur adversus confessionem suam, necesse habeat ex regula generali confessioni suæ acquiescere. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Nulla autem in confessione non scripta pro confitente talis præsumptio, qualis esse solet pro cautione et chirographo emisso. Nemo enim solis verbis sine literis solet confiteri coram tertibus sibi pecuniam numeratam, nisi cum jam ante numerata est, ejusque numerationis testandæ caussa: quia testimonium testium in hac re ad futuram numerationem est supervacuum: eum si eo testimonio contentus esset creditor, posset multo tutius tum adhibere testes, cum pecuniam numerabit. Contra cautiones et chirographa dari solent futuræ numerationis cavendæ caussa, et quidem utiliter, ut scilicet quanvis creditor pecuniam numeret postea, tamen semper easdem illas literas apud se habeat, quibus tam probet numerationem, quam si ab initio pecuniam numerasset. Hoc ita fieri solere, et quam multa suadeant ut debitor ita faciat, supra ostendimus. Unde præsumptio pro confitente, pecuniam nondum fuisse numeratam, eum cautionem exponebat. Sed ut qui sine literis confessus est, exceptione pecuniæ non numeratæ non juvatur, sed statim cogitur confessioni suæ stare: ita pro eo consequitur hoc etiam, ne ea confessione unquam obligetur. Sic enim jus temperatum est in *L. generaliter, C. de non num. pec.* Ut qui jam a principio jubentur acquiescere confessionibus suis, jubeantur id facere in re dubia: contrarium autem probare volentibus fiat potestas. Quo jure si quis in confessione non scripta uti volet, sciemus audiendum esse sive instrumentis contrariis id probet, de quibus supra diximus, sive testibus, qui dicant se audivisse creditorem fatentem nullam se ejusmodi pecuniam credidisse. Nisi quid enim specialiter lege exigantur instrumenta ad probationem, ut tit eum quis adversus confessionem suam chirographo suo testatum venit: *d. L. generaliter*. Ibi ita jus est, *ut pariter ad fidem valeant et instrumenta et testes*. L. in exercendis, *C. de fid. instrum.*

XI. Quid tamen, si is qui sine scripto confitetur se pecuniam accepisse, etiam sine scripto stipulanti creditori promiserit se eam pecuniam daturum, soluturum? an ne hic quidem habet exceptionem non numeratæ pecuniæ intra biennium, idem nec post biennium obligatur? Movet dubitationem *L. cum ultro, C. de non num. pec. et §. idem juris, Inst. de except.* quorum locorum in utroque promittenti isti ex caussa pecuniæ creditæ datur exceptio non numeratæ pecuniæ: in altero autem, idest in *d. §. idem juris*, hoc amplius etiam post biennium revocatur res ad eam constitutionem, qua jus post id tempus de obligatione literarum constitutum est, puta, *L. in contractibus, C. de non num. pec. Inst. de lit. obl.* Rursum hi ipsi loci posteriores refragantur, dum in his nominatim et exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium, et post biennium obligatio constituitur tantum in literis, seu in iis, qui scripto quid caverunt. Et verius est idem admittendum etiam in eo, qui sine literis pecuniam tanquam numeratam se soluturum stipulanti creditori promisit. Optima ratione. Nam si hic convenitur reus tanquam ex stipulatione extra caussam mutui, is tenetur. *L. si generaliter, C. de non num. pec.* qua lege extra pecuniam mutuam in cæteris omnibus caussis jubetur quisque stare confessioni suæ. Quod si ita convenitur ex stipulatione, quod dicatur pecunia prius illi fuisse credita: hoc ipso dicimus eum confessioni suæ stare debere: quia

(4) Donellus noster *ad. L. 8. C. De non n. pec. n.* 33. Diss. fere Duar. *ad eum tit. C.* 1, aliter Fach. 2. *Cont.* 85 exceptionem quidem intra biennium pariter concedi voce confesso testato, sed post biennium non negari, verum onus probandi confitenti injungi.

prius effectum est eum debere stare, qui simpliciter et sine scripto confessus est sibi pecuniam esse numeratam. Quoties autem stipulatio sequens interposita est ex præcedente numeratione, et generaliter quoties ex præcedente caussa nova aliqua obligatio oritur: placet nos caussam et originem obligationis posterioris spectare debere. *L. qui id quod*, in princip. *D. de donat. L. si procuratorem*, in pr. *D. mand.*

XII. Non moveor. *L. cum ultra*, *C. de non num. pec.* Hæc tribuit exceptionem non numeratæ pecuniæ ei, qui hanc stipulanti promisit. Si nominatim tribueret etiam ei, qui sine scripto promisisset, non negaremus esse contrariam, atque adeo hanc sequeremur. Nunc eum generaliter tantum id dicat, nec quidquam exprimat scriptone quis promiserit, an sine scripto: quid hic sequendum sit, cum ex aliis legibus de hac exceptione constituentibus, tum maxime ex posteriore constitutione Justiniani sumendum est. Ut quoniam ea constitutio scriptum exigit eum in *L. in contractibus*, tum sub *Tit. de lit. obl.* idque certa ratione, ut ostendimus: idem intelligi oporteat in prioribus legibus, quæ minus aperte de eo loquantur. Cum sciamus esse in præceptis rectæ interpretationis legum, ut et priores leges ad posteriores trahantur, et posteriores ad priores. *L. non est novum* et duabus seqq. *D. de legib.* Minus obstat §. *idem juris*, *Inst. de exc.* Nam in extremo nominatim Justinianus rem totam de qua prius constituerat in eo §. revocat ad constitutionem suam, cujus meminerat sub *Tit. de lit. obl.* Ea autem constitutio est *L. in contractibus*, quam diximus nominatim exigere scriptam cautionem. Stet igitur, omnem istam obligationem, quam diximus esse ex literis, et literarum, vere dici ex literis, quia et vis ejus id postulet. Quippe tunc solum locum habeat, cum cautio scripta in mutuo intervenerit. Literis autem non intervenientibus confessum de mutuo et statim teneri confessione sua in re dubia; et tamen non obligari, nec post biennium, quia contrariam probationem offerens vel instrumentorum vel testium audiatur; sive sine stipulatione sit confessus, sive confessus stipulanti idem promiserit.

XIII. Deinde quæro, quod ad cautionem ipsam scriptam pertinet si intervenerit cautio seu chirographum pecuniæ creditæ non numeratæ, sed simul in cautione addita sit stipulatio, ut in specie, *L. lecta*, *D. si cert. pet.* an ne sic quidem hic sit literarum obligatio, aut certe effectus literarum obligationis, de quo diximus. Movet quod literæ intervenerunt. Et prima caussa confitendi fuit ex mutuo. Rursum intervenit stipulatio, quæ quoties adhibita est pecuniæ curandæ caussa, toties ex stipulatione nascitur obligatio, non ex numeratione, seu mutuo. *L. 6. L. 7. D. de novat.* Et diserte scriptum est *Inst. de lit. obl.* hoc casu non nasci obligationem ex literis, sed ex stipulatione. Recte, ex definitione superiore recepta apud omnes veteres. *d. L. 6. L. 7. de novat.* Sed hic cautione opus est, quam hoc loco adjici oportuit. Etsi enim verum est hoc casu obligationem non esse ex caussa literarum, sed stipulationis: tamen sciendum est non eo minus ejus obligationis eandem vim et potestatem esse pro reo et contra reum, quæ futura esset sine stipulatione; ut scilicet reus ex hac cautione intra biennium tutus sit exceptione non numeratæ pecuniæ; post biennium omnimodo, teneatur adempta omni spe contrariæ probationis. Traditum hoc est in *d.* §. *idem juris*, *Inst. de exc.* Nam si placet id statui ei et adversus eum, qui sine scripto stipulanti promisit se soluturum, ut quidam eum §. interpretantur, multo magis idem statuendum est in ea stipulatione, cui cautio scripta accesserit, ubi non male dici potest obligationem nasci ex literis. Non adversatur, quod dicimus isti obligationi locum esse in pecunia solum credita. Nam et hic pecunia vere credita dicitur, et ex ea numeratione nata est stipulatio. Hanc caussam spectandam esse jam ante diximus, ut ei idem effectus tribui debeat, qui et tribueretur sine stipulatione *d. L. qui id quod*, *D. de don. d. L. si procuratorem*, *D. mand.*

FINIS.

ELENCHUS CAPITUM,

QUÆ IN HIS LIBRIS PERTRACTANTUR.

LIB. X.

LIB. XI.